

La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña

NIEVES FENOY PICÓN *
Prof. Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En respuesta a la Directiva 2011/83/UE y en 2014, se incorporó al TRLGDCU el artículo 66 bis, cuyo apartado 2 regula la Nachfrist y la resolución, y excepciones. El objeto de este trabajo es su análisis directo, así como los de otros aspectos no expresamente contemplados en aquel. Más allá de la protección de los consumidores y usuarios, el artículo 66 bis TRLGDCU puede ser mirado como un importante dato en la progresiva penetración de la Nachfrist y la resolución en nuestro Derecho. Y al respecto se exponen distintos preceptos, dedicando particular atención al artículo 1504 CC, y a la doctrina de los autores. También se analizan las regulaciones generales de la Nachfrist y la resolución, y sus excepciones, de los artículos 1200 PMCC, 417 ACM y 621-41 y 621-13 PCCCat. Damos cuenta pormenorizada del debate hoy existente sobre en dónde debe residenciarse

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER2014-53972, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Tiene su origen en la conferencia que impartí bajo el título «El *Nachfrist* en la Propuesta de Modernización y en el TRLGDCU», en las *Jornadas sobre incumplimiento del contrato y resolución*, Murcia, 29 y 30 de mayo de 2014, Departamento de Derecho Civil/Facultad de Derecho/Universidad de Murcia. Agradezco a la Dra. D.^a Isabel González Pacanowska su amable invitación, y a ella y al resto de sus compañeros de la Universidad de Murcia su amable acogida.

la regulación general de las obligaciones y contratos (Código civil/Código mercantil) y las oportunas consideraciones del Dictamen del Consejo de Estado. En nuestra opinión, nuestro Derecho debería regular en el Código civil y con carácter general la Nachfrist y sus efectos, y proponemos ciertas mejoras para la PMCC.

En el análisis están presentes las oportunas regulaciones de la CISG, de los Principios UNIDROIT, de los PECL, del DCFR, y del CESL. Damos también cuenta de los PLDC. Y asimismo la damos de la resolución del artículo 1124 CC en su aplicación judicial al retraso en el cumplimiento, con particular referencia a su aplicación a la venta de inmueble por construir (por falta de licencia de ocupación; por retraso en la entrega).

PALABRAS CLAVE

Protección de los consumidores y usuarios. Incumplimiento. Retraso en la entrega del bien. Nachfrist-Plazo adicional-Plazo razonable. Resolución. Término esencial. Voluntad del deudor de no cumplir. Teoría general de las obligaciones y contrato y codificación civil y mercantil.

ABSTRACT

Section 2 of Article 66 bis of the TRLGDCU, set up in 2014 in response to Directive 2011/83/EU, regulates the Nachfrist and the termination, and their exceptions. This paper will be focused on the direct analysis of such article and other issues that have not been expressly dealt with therein. Over and above the protection of consumers and users, however, Article 66 bis TRLGDCU can be considered as a significant milestone for the gradual incorporation of the Nachfrist and the termination in the light of Spanish law. In this respect, different precepts will be presented, and special emphasis will be given to article 1504 CC and the doctrine of the authors. The general rules applicable to the Nachfrist and the termination will be analysed, as well as the exceptions contained in articles 1200 PMCC, 417 ACM and 621-41 and 621-13 PCCCat. We will provide a comprehensive account of the current debate as to whether the general regulations on liabilities and contracts must be handled by the Civil Code or by the Commercial Code, and the relevant considerations included in the Opinion issued by the State Council. In our opinion, the Nachfrist and its effects, in the light of the Spanish Law, should be regulated, on a general basis, by the Civil Code. We also suggest certain improvements to the PMCC.

The analysis contains the relevant regulations included in the CISG, the UNIDROIT principles, the PECL, the DCFR, and the CESL. We will also give an account of the PLDC. Similarly, we will also explain the resolution in the light of article 1124 CC, as far as its application in law is concerned in connection with delays in performance, placing a special emphasis on its application to the sale of a projected building (for lack of occupation licence; for delay in the delivery).

KEYWORDS

Protection of Consumers and Users. Non-performance. Delay in the delivery of the goods. Nachfrist-Additional period of time-Supplementary deadline.

Resolution. Essential deadline. Non-performance intention of the debtor. General Theory of liabilities and contracts, and civil and commercial encoding.

SUMARIO: I. *Introducción.* Parte primera: Aspectos generales.—I. *La Nachfrist y la resolución.* 1. El incumplimiento esencial de la resolución del artículo 1124 CC según el Tribunal Supremo. 2. *La Nachfrist* y la resolución. 3. La posterior recepción de la *Nachfrist* y la resolución. 3.1 En la CISG. 3.2 En los Principios UNIDROIT. 3.3 En el *soft law* europeo. 3.3.1 En los PECL. 3.3.2 En el DCFR. 3.4 En el CESL.—4. *La Nachfrist y la resolución en nuestro Derecho: su no reconocimiento general y su progresiva penetración.* 4.1 *La Nachfrist* y la resolución en nuestro Derecho positivo. 4.2 *La Nachfrist* y la resolución en la práctica contractual: las cláusulas resolutorias condicionadas al previo requerimiento de cumplimiento. 4.3 *La Nachfrist* y la resolución cuando se pacta una cláusula resolutoria no condicionada al previo requerimiento de cumplimiento: la exigencia legal de que, en ciertos casos, el acreedor haya de requerir primero el cumplimiento de la obligación. 4.3.1 El pacto comisorio y el Fuero Nuevo. 4.3.2 El pacto comisorio y el PCCCat. 4.3.3 El pacto comisorio y el Código civil. 4.3.3.1 El Proyecto de Código civil de 1851 y García Goyena. La tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de pago. 4.3.3.2 La tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de resolución. 4.3.3.3 El acogimiento por el Tribunal Supremo de la tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de resolución. 4.3.3.4 Las posibilidades: (1) de la estipulación de un pacto comisorio subordinado al previo requerimiento de pago del precio; y (2) de que unilateralmente el vendedor dé al comprador un plazo para el pago del precio antes de resolver. 4.4 La cláusula resolutoria expresa por el no pago de la renta y el artículo 27.4 LAU. 4.5 Autores partidarios de admitir, con carácter general, el modelo de la *Nachfrist* y la resolución. 4.6 Algunas cuestiones finales sobre la *Nachfrist* y la resolución.—5. *La Nachfrist y la resolución en algunos textos prelegislativos y de otra naturaleza.* 5.1 En la PMCC. 5.2 En el ACM. 5.3 En el PCCCat. 5.4 En los PLDC.—Segunda parte: concretos supuestos de *Nachfrist* y resolución, y excepciones I. *La Nachfrist* y la resolución de los artículos 66 bis.2.I TRLGDCU, 1200.I PMCC, 417-2.2 ACM, y 621-41.3 PCCCat.—1. El orden de la exposición y su razón.—2. *La Nachfrist* y la resolución del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU. 2.1 La presentación del artículo 66 bis TRLGDCU. El esquema que se seguirá. 2.2. El derecho supletorio de los contratos con consumidores: el (derogado y vigente) artículo 59.2 TRLGDCU. Sobre la calificación civil/mercantil de los contratos con consumidores y las competencias legislativas del Estado y de las CCAA. 2.3 Algunos aspectos de la regulación de la compraventa del PCCCat. *La Nachfrist* y la resolución del artículo 621-41 PCCCat. El artículo 621-13 PCCCat. 2.4 La ubicación sistemática del artículo 66 bis TRLGDCU: la oportunidad de su traslado al Título IV del Libro II del TRLGDCU. 2.5 El ámbito subjetivo del artículo 66 bis TRLGDCU: el consumidor, el empresario y el vendedor. 2.6 El ámbito objetivo del artículo 66 bis TRLGDCU: el artículo 59 bis.2 TRLGDCU. La hipótesis de su aplicación a los bienes inmuebles. 2.7 La definición del contrato de compra-

venta. En particular, la obligación del vendedor de transmitir la propiedad del bien. 2.7.1 Los artículos 59 *bis.1.a*) TRLGDCU y 1445 CC. 2.7.2 El artículo 1445 PMCC. 2.7.3 Los artículos 621-1 y 621-9 PCCCat. 2.7.4 Los artículos 511-2 y 511-3 ACM. 2.7.5 Consideración final. 2.8 El ámbito contractual del artículo 66 *bis* TRLGDCU: la compraventa y el contrato de obra de cosa mueble a construir. La moderna categoría del contrato de prestación de servicios. Los artículos 521-1, 531-1 y 415-2 ACM. El artículo 621-3 PCCCat. 2.9 El plazo adicional (*Nachfrist*) del artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU: requisitos, efectos y cuestiones no reguladas y sus soluciones. 2.10 Los incumplimientos del artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU: el retraso no esencial y el esencial en la entrega del bien. 2.10.1 El retraso no esencial del artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU y su comparación con la resolución del artículo 1124 CC. Particular referencia al retraso en la entrega de inmueble a construir, la incidencia de la no obtención de la licencia de primera ocupación y la resolución del artículo 1124 CC. 2.10.2 El retraso esencial y el artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU. 2.11 Los remedios del consumidor *tras* el transcurso del plazo adicional para el cumplimiento (*Nachfrist*). 2.11.1 Si el empresario *no* entrega el bien en el plazo adicional: la resolución del artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU y sus efectos liberatorio y restitutorio; su coordinación con el resto de los remedios por incumplimiento. 2.11.2 Si el empresario entrega el bien en el plazo adicional.—3. La *Nachfrist* y la resolución del artículo 1200.I PMCC. 3.1 La presentación general del artículo 1200.I PMCC y su tenor literal. 3.2 El análisis del artículo 1200.I PMCC teniendo presente el del artículo 66 *bis.2.I* TRLGDCU, y posibles mejoras. Una propuesta de nuevo artículo para la PMCC: la regulación de la *Nachfrist* y sus efectos.—4. La *Nachfrist* y la resolución del artículo 417-2.2 ACM. Algunas consideraciones previas sobre el ACM. 4.1 Sobre lo que se tratará y su razón. 4.2 Qué razones justifican el proyectado Código Mercantil. Sobre la unidad de mercado, y consideraciones críticas. 4.3 El Título Preliminar del ACM: «Ámbito de aplicación». La mercantilidad de los contratos con consumidores, y la crítica de algunos autores. 4.4 El Libro IV del ACM: «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general». 4.5 El Libro V del ACM: «De los contratos mercantiles en particular». En concreto, la mercantilidad de la compraventa, la de la compraventa con consumidores y la de la compraventa de inmueble. La relación entre los Libros IV y V del ACM. 4.6 Algunas de las observaciones críticas hechas al proyectado Código Mercantil sobre su ámbito de aplicación y su regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general y en particular. 4.6.1 La ignorancia de la PMCC en la elaboración del proyectado Código Mercantil. Particular referencia a las condiciones generales de la contratación. 4.6.2 La competencia exclusiva del Estado sobre las «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149.1.8.^a CE: materia civil, y no mercantil. 4.6.3 Los Derechos común (general) y especial, y el Derecho mercantil de la PCM1.^a/PCM2.^a (ACM). 4.6.4 La potenciación de la dualidad contratos civiles/mercantiles del ACM, frente a la tendencia unificadora de la regulación de las obligaciones y de los contratos. 4.7 Propuestas de actuación futura. 4.8 El dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil. 4.9 El proyectado Libro VI del Código civil de Cataluña (PCCCat.) y la materia de las obligaciones y los contratos. 4.10 El artículo 417-2 ACM. 4.10.1 Su pre-

sentación y tenor literal. 4.10.2 El análisis del artículo 417-2, 2 y 3, ACM teniendo presente los precedentes análisis de los artículos 66 bis.2.I TRLGDCU y 1200.I PMCC. 4.10.3 ¿Debe el ACM regular con carácter general la *Nachfrist* y la resolución?—II. *El término esencial y la resolución.*—1. El término esencial y la posibilidad de la inmediata resolución de la relación contractual según los artículos 1124 CC y 66 bis.2.II TRLGDCU.—2. Los tipos de términos esenciales: el expresamente pactado y el deducido de las circunstancias de la celebración del contrato.—3. La forma de ejercicio de la resolución por el incumplimiento del término esencial: el ejercicio extrajudicial o mediante declaración de voluntad del acreedor.—4. Otra posible mejora de la regulación de la PMCC: la expresa mención de que la resolución por el incumplimiento de una obligación con término esencial es de ejercicio extrajudicial.—III. *El rechazo del vendedor a la entrega del bien y la resolución.*—1. El incumplimiento anticipado y la resolución: consideraciones generales.—2. El incumplimiento anticipado y los artículos 66 bis.2.II TRLGDCU, 621-41.4 PCCCat., y 1200.III PMCC. 2.1 El artículo 66 bis.2.II TRLGDCU. 2.2 El artículo 621-41.4 PCCCat. El artículo 621-13.3 PCCCat. 2.3 El artículo 1200.III PMCC. Referencia al artículo 1200.II PMCC.—3. De nuevo sobre posibles mejoras en las regulaciones del TRLGDCU y de la PMCC, a propósito de la negativa del deudor de cumplir su obligación. 3.1 En el TRLGDCU. 3.2 En la PMCC.—IV. *Consideraciones finales.*—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

[1] Este trabajo se compone de dos Partes.

[2] Su *Primera parte* la dedicamos a aspectos generales relativos a la *Nachfrist* y la resolución. Concretamente, tras recordar el requisito del incumplimiento esencial del artículo 1124 CC, y el origen de la *Nachfrist* y la resolución (Derecho alemán), hacemos referencia a diversos textos en los que aquellas se recoge, textos pertenecientes al moderno Derecho de contratos. Y lo hacemos en: (1) la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG en lo sucesivo)¹; (2) los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Principios UNIDROIT en lo sucesivo)²; (3) los *Principles of European Contract Law* (PECL en lo sucesivo)³; (4) el *Draft Common Frame*

¹ BOE núm. 26, 30.01.1991.

² UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (2004) Roma; obra citada en lo sucesivo: Principios UNIDROIT (2004).

³ *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.) The Hague, Kluwer Law International (2000); obra citada en lo sucesivo: LANDO/BEALE (ed.) (2000).

of Reference (DCFR en lo sucesivo)⁴; y (5) la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (CESL en lo sucesivo).^{5 6}

Tras ello, nos situamos en el Derecho español, analizándolo tras la lente de la *Nachfrist* y la resolución, lo que implica tratar distintas normas positivas. Unas en las que sin duda alguna aquella se recoge. Otras en las que, si bien cuando se concibieron, no tenían como fundamento la *Nachfrist* y la resolución, hoy pueden reinterpretarse en tal línea (art. 3 CC). Particular atención dedicamos al pacto comisorio del artículo 1504 CC, cuya exigencia del requerimiento del vendedor al comprador entendido como un requerimiento de pago –lo que la mayoría no comparte– permite alinearlos en el campo de la *Nachfrist* y la resolución. También nos referimos al pacto comisorio del *Fuero Nuevo* de Navarra, y al del *Proyecto de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes* de 25.02.2015 (PCCCat. en lo sucesivo)⁷. Por otro lado, en la práctica contractual y a efectos del ejercicio del remedio de la resolución, también se conoce a la *Nachfrist*. Y exponemos las opiniones de relevantes autores favorables a la *generalización* de la *Nachfrist* y la resolución para nuestro Derecho. Todo lo anterior conduce a plantear si convendría generalizar y positivizar la figura de la *Nachfrist* y la resolución, sobre lo que nos pronunciaremos en las consideraciones finales del trabajo.

Acabamos esta *Primera parte* mentando diversos trabajos prelegislativos que *con carácter general* recogen la *Nachfrist* y la resolución. Se trata: (1) de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 (PMCC en lo sucesivo) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación⁸; (2) del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* de 30.05.2014 (ACM en lo sucesivo)⁹ de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación; y (3) del PCCCat.

Asimismo hacemos referencia a los *Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos* (PLDC en lo sucesivo) publica-

⁴ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in a part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian VON BAR/ Eric CLIVE, vol. I, ed. Sellier, Munich (2009); obra citada en lo sucesivo: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I.

⁵ COM(2011) 635 final.

⁶ Sobre la formación, objetivos y características de los mentados textos, PÉREZ VELÁZQUEZ (2013) pp. 89-151; para la CISG, pp. 21-37.

⁷ Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 25.02.2015, núm. 505 (Tram. 200-00039/10).

⁸ ISBN 978-84-7787-116-3.

⁹ Página web del Ministerio de Justicia.

dos en el *Anuario de Derecho Civil* de 2014¹⁰, aunque en ellos, en la versión manejada, no se recoja la *Nachfrist* y la resolución.

[3] Dedicamos la *Segunda Parte* del trabajo al estudio de *concretas regulaciones* de la *Nachfrist* y la resolución. En concreto, la del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU. Y, sirviéndonos de su previo estudio, la de los artículos 1200.I PMCC; 417-2, 2 y 3, ACM; y 621-41.3 PCCCat.

La *Nachfrist* y la resolución cuenta con excepciones. Esto es, supuestos en los que el acreedor puede directamente resolver la relación contractual sin precisar tener que fijar un previo plazo para el cumplimiento al deudor. Son los supuestos del incumplimiento de la obligación bajo término esencial, y el de la negativa del deudor al cumplimiento. Estos supuestos también son objeto de estudio.

En el estudio de la *Nachfrist* y la resolución nos hemos cruzado con una importante y muy relevante cuestión en el actual momento de posibles reformas de la materia de las obligaciones y contratos del Código civil y del Código de comercio. Nos referimos a la calificación de los contratos con consumidores como contratos *civiles o mercantiles*, lo que conecta con el reparto constitucional de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Derecho civil, y en el mercantil. Además, hemos dedicado una especial atención al intenso debate doctrinal que el ACM –y sus antecedentes– ha suscitado entre los autores sobre su oportunidad y alcance.

[4] El trabajo finaliza con unas consideraciones finales.

¹⁰ ADC (2014) pp. 241-254. Presenta y lleva a cabo ciertas consideraciones sobre los PLDC, dando cuenta de las Jornadas «El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento» celebradas en Santiago de Chile y Valparaíso, los días 19 y 20 de noviembre de 2013, MORALES MORENO, ADC (2014) pp. 228-240; en pp. 228-230, el autor da cuenta del origen y finalidad de los PLDC. V. el libro *El Derecho de los contratos en Latinoamérica*, coord. Carlos Pizarro Wilson (2012); en la *Presentación* a dicho libro, PIZARRO WILSON da cuenta de cómo surgió el proyecto de los PLDC y los pilares sobre los que se asienta (identidad jurídica regional; mejora de los PECL); entre otras consideraciones, PIZARRO WILSON expone: «Dos aspectos fundamentales estructuran el mismo [al proyecto de elaborar los PLDC]. La primera es que debemos identificar nuestra identidad jurídica regional, lo que nos permitirá evitar caer en repeticiones de otros esfuerzos de esa índole ejecutados en Europa. Y, por otra parte, mejorar lo que se haya realizado en otras latitudes. De nada serviría reproducir unos Principios para nuestros países que reflejaran lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales. Para el primer objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región. [...] El resultado de ese cuestionario es lo que recoge el presente libro [al que antes hemos aludido]. [...] Hemos seguido avanzando en nuestro plan de trabajo para llegar a la redacción de los Principios [PLDC; nosotros manejamos la versión publicada en el ADC]. [...] / [...] Una vez que se hayan redactado los Principios comenzará una nueva aventura destinada a la promoción de los mismos como instrumento de inspiración para reformas legales y para la solución de conflictos contractuales que involucren actores de la región» [(2012) pp. 16-17]. En otro plano, v. PANTALEÓN PRIETO, ADC (2011) pp. 897-929.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES

I. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN

1. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1124 CC SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO

[5] Es idea asentada y común en nuestra jurisprudencia, la de que la resolución del artículo 1124 CC¹¹ –la norma general de este remedio– requiere, junto con otros requisitos, que el incumplimiento del deudor *frustre el fin del contrato o las legítimas expectativas del acreedor*. Tal incumplimiento es calificado de grave o esencial, pues no todo incumplimiento permite el ejercicio de la resolución. En la jurisprudencia, el carácter excepcional que de la resolución se predica –lo que refleja el anterior requisito– se relaciona con la idea de la conservación del contrato.

La jurisprudencia también señala que el ejercicio de la resolución ha de ajustarse a la buena fe.¹²

A) En su conocida obra, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1998), Clemente Meoro describía así el incumplimiento grave de la resolución del artículo 1124 CC, indicando su finalidad:

«[...] aunque nuestro ordenamiento jurídico no se manifiesta al respecto [...] la jurisprudencia ha señalado que para el ejercicio de las acciones otorgadas por el artículo 1124 del Código Civil, no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de las partes. Otras sentencias han hecho hincapié en que el incumplimiento que faculta para resolver ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato; o la frustra-

¹¹ Cfr. con el artículo 1184 *Code civil*, el cual dispone: «La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement./ Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts./ La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

¹² SAN MIGUEL PRADERA señala sintéticamente los habituales requisitos jurisprudenciales para la resolución del artículo 1124 CC: «El art. 1124 ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia que, en reiteradísimas sentencias, ha perfilado sus presupuestos de aplicación: a) existencia de un vínculo contractual todavía vigente; b) reciprocidad entre las obligaciones pactadas y exigibilidad de la obligación incumplida; c) incumplimiento grave de una de las partes; y d) que el contratante que resuelve haya cumplido lo que le incumbe» [«Comentario del artículo 1124 CC» (2010) p. 1247].

ción de las legítimas expectativas de las partes, de sus aspiraciones o del fin del contrato; o la quiebra de la finalidad económica del contrato; o la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un interés atendible; o afectar al objeto principal del contrato; o ser de tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución.

De esta jurisprudencia se desprende, además, que el criterio básicamente seguido para valorar la gravedad del incumplimiento tiene carácter objetivo, es decir, que se atiende principalmente al resultado del incumplimiento en la relación contractual objetivamente considerada, a la objetiva importancia económica del incumplimiento, y no a la importancia del incumplimiento para el acreedor, sin perjuicio de que en algunas ocasiones se utilicen indistintamente formulaciones objetivas y subjetivas de la gravedad del incumplimiento.

Pues bien, todas esas fórmulas jurisprudenciales no tienen otra finalidad que limitar la posibilidad de resolver en aquellos supuestos en que el incumplimiento no es total y definitivo. Si la prestación no ha sido ejecutada en absoluto y el cumplimiento ya no es posible –v. gr., el vendedor de una cosa cierta y determinada la enajena a un tercero de buena fe– o ya no satisface el interés del acreedor, no se plantean dudas sobre la posibilidad de resolver. Mas si el cumplimiento aún es posible, pues ha habido un mero retraso en el cumplimiento, o si ha habido cumplimiento parcial o defectuoso, cabe dudar de que, conforme a los principios de conservación del negocio, *pacta sunt servanda* y de buena fe, el incumplimiento tenga la suficiente entidad como para resolver. A despejar esta duda se encaminan, como más adelante veremos, las fórmulas jurisprudenciales de que se ha hecho referencia./ [...]»¹³

2. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN

[6] Otro posible modelo que puede terminar atribuyendo al acreedor la resolución *consiste en que, habiendo incumplido el deudor, aquel fije a este un nuevo y adecuado plazo para cumplir y si este último vuelve a incumplir, el legislador atribuye al acreedor el remedio de la resolución* (esto con algún límite en el que ahora no procede entrar y que en su momento expondremos).

[7] Este modelo estuvo y está presente en el BGB; concretamente, en el derogado § 326 (1) BGB, y en el vigente § 323 BGB. A este modelo me refiero como el de la *Nachfrist* y la resolución. Esto es, el modelo consistente en la concesión al deudor de un plazo adicional (o suplementario) para cumplir, antes de que el acreedor pueda disponer de la resolución¹⁴.

¹³ CLEMENTE MEORO (1998) [143] pp. 251-255, v. pp. 251-260.

¹⁴ Según el artículo 1454 *Codice Civile* 1942: «*Diffida ad adempiere*.—Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro

A) Derogado § 326 BGB:

«Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra parte puede señalarle un plazo prudencial para la efectucción de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizado a exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la pretensión al cumplimiento está excluida. Si la prestación, hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del párrafo 325, párrafo 1.º, inciso 2.º

Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1.º sin que sea necesaria la determinación de un plazo» (cursiva nuestra)¹⁵.

B) Vigente § 323 BGB: «Resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según contrato

(1) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado infructuosamente un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento.

(2) La fijación de un plazo es innecesaria si

1. el deudor deniega seria y definitivamente la prestación,
2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o
3. existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes.

(3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera la intimación.

(4) El acreedor ya puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los requisitos de la resolución.

(5) Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver el entero contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha ejecutado la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante.

risoluto./ Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore./ Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto».

¹⁵ Trad. MELÓN INFANTE (1955). Sobre el derogado § 326 (1) BGB, para el supuesto de la *mora del deudor*, SAN MIGUEL PRADERA (2004) [573] pp. 455-457; sobre la *no* necesidad de que, antes de la reforma de 2001 del BGB, el acreedor haya de acudir al sistema de la *Nachfrist*, la misma autora en [574] pp. 457-458.

(6) Se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia que le legitimaría para resolver, o bien si la circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación» (cursiva nuestra)¹⁶.

3. LA POSTERIOR RECEPCIÓN DE LA *NACHFRIST* Y LA RESOLUCIÓN

[8] Como modelo legal, la *Nachfrist* y la resolución ha tenido una *progresiva fortuna*, acogiéndose en distintos textos jurídicos con regulaciones semejantes (CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL)¹⁷.

3.1 En la CISG

[9] *Para el comprador, el artículo 47 CISG* regula la *Nachfrist* sin más. Dispone que aquel puede fijar al vendedor incumplidor un plazo de duración razonable para cumplir (apartado 1). Durante el mismo, y salvo que el vendedor le comunique que no cumplirá, el comprador no podrá ejercitar acción por incumplimiento del contrato, aunque no pierde el derecho a exigir la indemnización de los daños por el retraso (apartado 2)¹⁸.

¹⁶ Trad. LAMARCA MARQUÈS, rev. BECKMANN (2008). Para el vigente § 323 BGB, aplicable a los supuestos *del no cumplimiento o del cumplimiento no ajustado al contrato*, v. SAN MIGUEL PRADERA [601]-[602] pp. 475-476, además [603] p. 476. V. CHEN-WIS-HART/MAGNUS, trabajo en el que se expone y compara los Derechos inglés, alemán, DCFR, y CESL [(2013) pp. 660-662, 664 para la *Nachfrist* y la resolución del Derecho alemán].

¹⁷ Sobre ellos, con anterioridad: FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [78]-[79] pp. 1577-1582; *ADC* (2013) [30] pp. 769-771.

¹⁸ HONNOLD: «El párrafo 2 [del art. 47 CISG] también prevé que la demanda del comprador de que el vendedor cumpla dentro del plazo fijado *no releva* de responsabilidad al vendedor por los daños y perjuicios que resulten de un cumplimiento tardío. Este resultado está de acuerdo con la regla general del artículo 45.2 [CISG] [...], que preserva el derecho del comprador a reclamar daños y perjuicios cuando, por ejemplo, exige el cumplimiento conforme al artículo 46 [CISG] [...]» [cursiva nuestra; HONNOLD, «Comentario del artículo 47 CISG» (1987 de la trad.) núm. 291, p. 337; artículo 45.2 CISG: «El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho»]. Según LÓPEZ Y LÓPEZ, el comprador «no pierde por ello [por haber fijado al vendedor un plazo para el cumplimiento] el derecho a exigir daños y perjuicios por demora en el cumplimiento: *la concesión de un plazo de gracia no puede entenderse, al menos a priori, como condonación de dichos daños o prueba de su no existencia*; cosa distinta es que el comprador alzado en reclamación de daños no tenga las cargas procesales que ella misma implica, obviamente» (cursiva nuestra; LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario del artículo 47 CISG» (1998) p. 425).

En su comentario, López y López –que conecta el término *Nachfrist* con los §§ 250¹⁹, 283²⁰, y 326 *BGB* antes de su reforma de 2001 [*supra* [7] A)]– señala que «del ofrecimiento del plazo deriva que, durante su vigencia, no se podrá ejercitar acción alguna en reclamación de cumplimiento. *A decir verdad, es sólo este principio, y no todas las complejas consecuencias derivadas de la Nachfrist, el que ha sido adoptado por la Convención en el artículo 47*» (cursiva nuestra)²¹.

Honnold precisa que «[e]l párrafo 2 [del art. 47 CISG] refleja un principio básico que puede ser sobreentendido: una parte no puede rechazar el cumplimiento al que ha invitado. La otra parte se puede esperar que confíe en tal invitación; el Derecho interno podría obligar a una parte a aceptar el cumplimiento requerido, en virtud de doctrinas tales como la renuncia o el desistimiento, elección y estoppel. El párrafo 2 [del art. 47 CISG] evita la incertidumbre de estos recursos al Derecho interno»²².

El artículo 49.1.b) CISG conecta la resolución con el plazo suplementario del artículo 47 CISG. En su virtud, si el vendedor no entregó las mercaderías en el plazo suplementario que el comprador le fijó, o si declaró a este que no efectuaría la entrega en tal plazo, el comprador puede «declarar resuelto el contrato». El artículo 49.1.b) CISG se aplica al incumplimiento consistente en el retraso («*En caso de falta de entrega*») y no indica, expresamente, si el primer incumplimiento del vendedor debe o no ser un incumplimiento esencial (art. 25 CISG). López y López considera que el artículo 49.1.b) CISG se aplica al inicial retraso del vendedor que no constituya incumplimiento esencial²³, y al retraso en relación

¹⁹ § 250 BGB: «El acreedor puede señalar un plazo adecuado al obligado a la indemnización para la reposición, con la declaración de que rehusará dicha reposición después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo el acreedor puede exigir la indemnización en dinero, si no realiza a tiempo la reposición; la pretensión a la reposición está excluida» [trad. MELÓN INFANTE (1955) p. 53].

²⁰ Derogado § 283 BGB: «Si el deudor está condenado en firme, el acreedor puede señalarle un plazo oportuno para la efectucción de la prestación con la declaración de que después del transcurso del plazo rehusará la aceptación de la prestación. Después del transcurso del plazo, el acreedor puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento, siempre y cuando no sea efectuada la prestación en tiempo oportuno; la prestación al cumplimiento está excluida. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si la prestación se hace imposible a causa de una circunstancia de la que no ha de responder el deudor./ Si hasta el transcurso del plazo la prestación es sólo en parte efectuada, corresponde al acreedor también el derecho señalado en el parágrafo 280, párrafo 2.º» [trad. MELÓN INFANTE (1955) p. 60].

²¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario del artículo 47 CISG» (1998) p. 426.

²² HONNOLD, «Comentario del artículo 47 CISG» (1987 de la trad.) núm. 291, p. 337.

²³ Por otro lado, HONNOLD: «Cuando el comprador establece un plazo suplementario final “de duración razonable” [...], hace que tal plazo sea “esencial”. Desde luego, si las circunstancias hacen de cualquier retraso en la entrega un incumplimiento (como cuando los precios de las mercaderías están sujetos a fuertes fluctuaciones), el comprador puede resolver el contrato, conforme al párrafo 1.a), sin conceder un plazo suplementario

con el cual al comprador, *a priori*, no le interesare la resolución (lo que presupone el inicial incumplimiento esencial)²⁴.

A) Artículo 47 CISG:

«1. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumbían.

2. El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.»

Artículo 49 CISG:

«1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

[...].

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

[10] Para el *vendedor* y cuando el comprador incumple su obligación de pago del precio o no recibe las mercaderías, los preceptos paralelos a los artículos 47 y 49.1.b) CISG son los artículos 63 y 64.1.b) CISG²⁵.

al vendedor» [«Comentario del artículo 49 CISG» (1987 de la trad.) núm. 305, p. 349]. En relación con los artículos 47, 49.1.b), 63, 64.1.b) CISG, di cuenta de las opiniones de Honnold, López y López, y L. Díez-Picazo: en FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [78] pp. 1578-1579 y correspondientes notas a pie de página; sobre López y López, v. lo que sigue en el cuerpo del texto y en la siguiente nota.

²⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ: «Pues bien, si en un caso interesa la desvinculación del comprador de los compromisos con el vendedor, pero ello sólo se puede conseguir con la resolución, y el mero retraso no es supuesto de ésta; y si en el otro no interesa *a priori* la resolución, parece prudente, antes de embarcarse en un litigio dudoso (porque habría que demostrar que un retraso significa incumplimiento esencial, y ello no es desde luego la regla, y abre una amplísima problemática: recuérdese aquí toda la que suscita el llamado “término esencial”), siempre largo, y en algún caso ni siquiera satisfactorio del interés del comprador, suprimir toda incertidumbre acerca de la procedencia y la utilidad de la resolución; y a ello va encaminada la fijación de plazo del artículo 47 CV, [...]. Y ciertamente la fijación del plazo desvanece esas incertidumbres: por un lado, fija de modo cierto el momento de cumplimiento de la obligación de entrega, y despeja de modo definitivo la cuestión, que de otra manera pudiera resultar dudosa, de si un retraso implica “incumplimiento esencial” del contrato, sin que ello signifique necesariamente que el comprador no pueda dar, repitiendo el mecanismo a su conveniencia, y hasta que el vendedor no manifieste que no cumplirá en momento alguno, nuevo o nuevos plazos adicionales» [«Comentario del artículo 47 CISG» (1998) pp. 424-425; v. también del autor, «Comentario del artículo 49 CISG» (1998) pp. 437-438].

²⁵ Para los artículos 63 y 64.1.b) CISG, HONNOLD destaca su aplicación a las obligaciones indicadas en el segundo precepto –la de pago del precio y la de la recepción de las mercaderías– recordando la figura de la *Nachfrist* [«Comentario del artículo 64 CISG» (1987

A) Artículo 63 CISG:

«1. El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.

2. El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.»²⁶

Artículo 64 CISG:

«1. El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

[...]

b) *Si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado»* (cursiva nuestra).

3.2 En los Principios UNIDROIT

[11] Su artículo 7.3.1 dispone *las causas* por las que el acreedor puede resolver la relación contractual por el incumplimiento del

de la trad.) núm. 354, p. 397; el autor advierte, «[n]o obstante, la obligación del comprador de pagar el precio incluye también la adopción de medidas “para hacer posible el pago” (art. 54, [...]); por ejemplo, esta medida de notificación-resolución [arts. 63.1 y 64.1.b)] puede ser empleada si el comprador incumple con su obligación de obtener una carta de crédito» [*op. cit.* núm. 354, p. 397]. Ahora bien, en su Comentario al artículo 63 CISG, HONNOLD destaca una idea que ahora interesa: la de que el artículo 63 CISG puede aplicarse a incumplimientos distintos de los contemplados en el artículo 64.1.b) CISG [esto es, que la combinación de los arts. 64.1.b) y 63 CISG implica que sólo se aplican a las obligaciones indicadas en el primer precepto; pero el art. 63 CISG, aislado, puede aplicarse a otras obligaciones del comprador]. HONNOLD: «El párrafo 1 [del art. 63 CISG] dispone que el vendedor puede fijar un plazo suplementario para que el comprador “cumpla con sus obligaciones”; la notificación puede darse con respecto a incumplimientos que no invoquen la medida de notificación-resolución del artículo 64.1.b)./ En este ámbito más amplio, la notificación tiene las consecuencias que están fijadas en el párrafo 2: el vendedor está obligado a aceptar un cumplimiento al que él ha instado» (el autor remite al comentario del artículo 47.2, citado en la segunda nota anterior a esta a este núm. 291; «Comentario del artículo 63 CISG» (1987 de la trad.) núm. 352, p. 395).

²⁶ L. Díez-PICAZO: «Se desprende de ello [art. 63.2 CISG] que se produce una suspensión de estas acciones o remedios [de los derivados del incumplimiento]/ [...], durante el plazo suplementario no puede el vendedor ejercitar las acciones de resolución del contrato. [...] se refiere [...] a la causa de resolución del artículo 64.1.b), [...] se refiere también a la resolución [...] que determinen incumplimiento esencial o fundamental de acuerdo con el artículo 63.1.a)./ En suspenso queda también el ejercicio de la pretensión de cumplimiento, [...]. Impedida queda asimismo la autoespecificación de que habla el artículo 65. Más discutible es determinar si se excluye la venta de autodefensa del artículo 88, [...]» [«Comentario del artículo 63 CISG» (1998) p. 501]. Para la indemnización de daños, el autor precisa: «El precepto [art. 63.2 CISG] no dice, literalmente entendido, que la pretensión de indemnización se pueda ejercitar antes del transcurso del plazo, pues lo que preceptúa es simplemente que no se pierda por el hecho de haberse establecido» (*op. cit.* p. 502).

deudor, remitiendo su apartado (3) y para el retraso en el cumplimiento al artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT. Y en este último se regula la *Nachfrist* y sus efectos. Según su apartado (1), ante el incumplimiento del deudor, el acreedor *puede concederle un plazo adicional para cumplir*. Durante dicho plazo, el acreedor *puede suspender el cumplimiento de su propia prestación y reclamar la reparación de los daños, no pudiendo ejercitar otros remedios* [apartado (2)]. Ahora bien, si durante el plazo adicional el deudor comunica que no cumplirá, o no cumple en él, el acreedor podrá ejercitar cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo [apartado (2)].

El artículo 7.1.5 (3) Principios UNIDROIT dispone la *Nachfrist* en conexión con la resolución para la demora en el cumplimiento no esencial. El Comentario oficial del artículo se inicia con la consideración de que el mismo «trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora y la otra desea otorgarle un plazo suplementario para el cumplimiento. La disposición se inspira en el concepto alemán de *Nachfrist*, aunque suelen obtenerse resultados similares en otros ordenamientos jurídicos con medios conceptuales diferentes».²⁷ Según el Comentario 2 del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, «[l]a parte que brinda un período suplementario no puede resolver el contrato ni solicitar el cumplimiento específico durante el periodo de gracia. Tampoco queda afectado el derecho a obtener el resarcimiento por los daños originados por el retardo»²⁸. Asimismo se indica la aplicación de la *Nachfrist* y la resolución al incumplimiento no esencial del retraso y la posibilidad de que el acreedor se acoja a ella para el incumplimiento (inicialmente) esencial del retraso: «La situación final del período concedido [al deudor incumplidor] dependerá de si el retardo en el cumplimiento *ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario*. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente *renace* al vencimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento *no era entonces esencial*, la resolución *sólo* será posible al final del período de gracia, siempre éste [*sic*; que] hubiera sido razonablemente amplio» (cursiva nuestra)²⁹. Por último, el artículo 7.1.5 (4) Principios UNIDROIT ordena que el anterior apartado (3) *no se aplica*, si la prestación incumplida es una parte mínima de la obligación contractual.

²⁷ Comentario del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 209.

²⁸ Comentario 2 del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 209.

²⁹ Comentario 2 del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) pp. 209-210.

A) Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT: «(Derecho a resolver el contrato)

[...]

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

Artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT: «(Periodo suplementario para el cumplimiento)

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

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

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

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

3.3 En el soft law europeo

3.3.1 EN LOS PECL

[12] Su artículo 8:106 (1) y (2) regula la *Nachfrist*. El apartado (1) dispone que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor pueda fijarle un plazo adicional para cumplir. Según el apartado (2), durante ese plazo adicional el acreedor *puede suspender* el cumplimiento de su propia prestación y *reclamar* daños (por el retraso); pero *no* puede recurrir a *otros* remedios por incumplimiento. En el *Comment A* del artículo 8:106 PECL se indica que, «[e]ven where the aggrieved party has an immediate right to terminate because of the other's non-performance, *if* the aggrieved party has indicated that it is still prepared to accept performance, *it may not change its*

mind without warning» (cursiva nuestra)³⁰. En ese mismo *Comment A*: «*[w]hen there has been a non-performance by one party (the debtor), the other (the aggrieved party) may always fix an additional period of time for performance. During the period fixed the aggrieved party may not take further action against the debtor; it may withhold its own performance and it may claim damages for the delay in performance or other losses caused by the non-performance, but it may not seek specific performance or terminate the contract during the period of notice*» (cursiva nuestra)³¹.

Ya en las Notas de Derecho comparado del artículo 8:106 PECL –y en la núm. 1– se constata la preocupación de los redactores de los PECL de que, si el acreedor exigió del deudor incumplidor el cumplimiento de la obligación, *no pueda después cambiar de opinión y rechazar el cumplimiento (o resolver la relación contractual)*. Esa preocupación es mayor para los sistemas en los que la resolución pueda ejercitarse extrajudicialmente, frente a los que su ejercicio sea judicial –entre los cuales (sistema judicial) se sitúa *al Derecho español*³²–. El artículo 8:106 (2) PECL vendría a solucionar tales preocupaciones.

En esas Notas de Derecho comparado también se señala, que durante el plazo adicional concedido para el cumplimiento, algunos sistemas no permiten la resolución de la relación contractual; tampoco permiten que el acreedor pueda exigir el cumplimiento forzoso *in natura* de la obligación; y de lo anterior se exceptúa el caso en el que el deudor haya rechazado cumplir.³³

³⁰ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 373.

³¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 373. En la *Illustration 1* se expone este ejemplo: la compañía A alquila a B un coche nuevo durante dos años, recogiéndolo B del establecimiento comercial de dicha compañía; el coche se rompe, y B traslada el mismo al establecimiento comercial de A; el defecto del coche es supuesto de incumplimiento esencial, pero B comunica a la compañía que aceptará el coche si se lo arreglan en el plazo de tres días; *B puede rehusar pagar el alquiler del coche y reclamar daños por los inconvenientes que sufre al no tener el coche mientras se repara y por el coste que haya tenido por el traslado del coche al establecimiento comercial de A, pero B no puede exigir la entrega de otro coche, o resolver la relación contractual, salvo que el coche no se repare y entregue dentro de los tres días* [cursiva nuestra; *op. cit.* p. 373].

³² Conscientes de que son unas Notas básicas de Derecho comparado *hay que recordar, para el Derecho español*, la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite el ejercicio extrajudicial de la resolución del artículo 1124 CC. *Hay también que señalar*, que si el acreedor exige extrajudicialmente del deudor el cumplimiento específico de la obligación, en Derecho español no podrá aquél, de repente, cambiar de opinión por impedirlo la buena fe del artículo 7 CC (*cf. infra* [16] las Notas de Derecho comparado del artículo III.-3:103 DCFR). V. la nota siguiente.

³³ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 376. Apartado 1 de las Notas de Derecho comparado del artículo 8:106 PECL: «1. *The aggrieved party who gives extra times but changes his mind/ The first situation covered by Article 8:106, the case of the aggrieved party who indicates that he will still accept tender of performance or the cure of a defective performance but the changes his mind, give rise to little problem in systems such as the FRENCH or SPANISH where a court order is needed for termination* [French CC art.1184(3); Spanish CC art. 1124(3)]: *instead of termination the contract at once the court can simply grant a further delay for performance* (see *Treitel, Remedies* § 247)./ Systems such as COMMON LAW

El artículo 8:106 PECL, *apartado (3) y primera frase*, conecta la *Nachfrist* con la resolución para el incumplimiento del retraso *no esencial*. Para este incumplimiento, si el acreedor fijó un plazo adicional razonable al deudor para cumplir y este no cumple, el acreedor dispone de la resolución de la que antes, en el inicial incumplimiento, no disponía por su condición de incumplimiento no esencial. Según el *Comment B* del artículo 8:106 PECL: «[t]his case is probably the one in which the notice procedure will be used most frequently»³⁴. Ahora bien, en el *Comment C* del artículo 8:106 PECL también se comenta la aplicación de su apartado (3) al incumplimiento del retraso *inicialmente esencial*^{35, 36}

En el artículo 8:106 (3), *segunda frase*, PECL se admite expresamente que el acreedor disponga en su comunicación la resolución *automática*, si el deudor no cumple en el plazo que para el cumplimiento le hubiere fijado. En el *Comment F* del artículo 8:106 PECL se advierte que si el incumplidor ofrece al acreedor el cumplimiento *después* del plazo adicional y *cuando* el acreedor hubiere dispuesto la resolución automática condicionada, *el acreedor simplemente puede rehusar dicho ofrecimiento*³⁷. También se nos advierte que la puesta en práctica de la resolución automática condicionada *debe adecuarse a la buena fe*: «However if the aggrieved party actually knows that the defaulter is still attempting to perform after the date, good faith requires it to warn the defaulter that the performance will not be accepted. If the defaulting party asks the aggrieved party whether it will accept performance after the date set, good faith requires the aggrieved party to give an answer within a reasonable time (see Article 1:201)»³⁸.

which allow termination by simple notice without prior warning have often developed rules to prevent a sudden change of mind by the aggrieved party; eg the Common law rule that if the aggrieved party has “waived” his right to terminate for the time being he can only withdraw the waiver by giving reasonable notice: [...] / CIVIL LAW systems also recognize that the aggrieved party should not be allowed to terminate during the period in which he indicated that he would still accept performance: eg AUSTRIAN law [...]; FINNISH and SWEDISH Sale of Goods Acts [...]; GREEK law [...]. The aggrieved party may also be barred from seeking performance in natura, as, for example, in ITALIAN law [...]. It is often recognised that the aggrieved party may resort to terminate immediately, however, if the other party indicates that he will not perform within the time allowed (GREEK LAW [...], GERMAN law [...]) / A rule preventing that the aggrieved party suddenly changing his mind may be inferred from ULIS art. 44(2); it is explicit in CISG arts. 47(2) and 63(2)» (cursiva nuestra).

³⁴ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 374.

³⁵ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 374. Si el deudor *cumplió defectuosamente* y no fue un incumplimiento esencial, en el *Comment C* del artículo 8:106 PECL se indica, que si el deudor *no cumple* en el plazo adicional que para ello le fijó el acreedor, este *no dispone* de la resolución, *porque el artículo 8:106 (3) PECL sólo se aplica al retraso en el cumplimiento y no al cumplimiento defectuoso* (*op. cit.*, pp. 374-375).

³⁶ V. *Comment C* del artículo 9:301 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 410].

³⁷ *Comment F* del artículo 8:106 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 376.

³⁸ *Comment F* del artículo 8:106 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 376.

A) Artículo 8:106 PECL: «Notice Fixing Additional Period for Performance

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

(2) *During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages, but it may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under chapter 9.*

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

[13] Por último, el artículo 9:301 PECL, que indica los supuestos en los que el acreedor dispone del remedio de la resolución, remite, en su apartado (2), al artículo 8:106 (3) PECL.

A) Artículo 9:301 PECL: «Right to Terminate the Contract [...].

(2) *In the case of delay the aggravated party may also terminate the contract under Article 8:106 (3)» (cursiva nuestra).*

[14] Y situados en la regulación de los PECL, es oportuno señalar que en la STS, 1.^a, 23.07.2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; RJ/2007/4702) se hace expresa referencia al artículo 8:106 PECL en un asunto subsumible en el artículo 1504 CC³⁹ (para este último *infra* [29] y ss.).

³⁹ En síntesis, los hechos fueron los siguientes. Mediante contrato privado y en pública subasta, el Ayuntamiento de Vall d'Uixò vendió cierto inmueble. El comprador, que había pagado la fianza para participar en la subasta, no pagó el precio de compra, por lo que el Ayuntamiento le requirió notarialmente. En su requerimiento, el Ayuntamiento ejercitaba la resolución de la relación de compraventa, subordinando dicha resolución a que el comprador no pagare la cantidad adeudada en el plazo que se le indicaba. El comprador no pagó. El Ayuntamiento demandó al comprador sobre incautación de fianza y reclamación de daños y perjuicios. El comprador reconvino suplicando la condena a la restitución de la fianza constituida para participar en la subasta de enajenación del inmueble. En primera instancia se desestimó la demanda del Ayuntamiento y se estimó la reconvencción del comprador. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, declarando haber lugar a la incautación de la fianza, y desestimó la reconvencción del comprador. El compra-

A) En el FD 7.ºB) de la STS, 1.ª, 23.07.2007:

«B) En el caso examinado se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión del Ayuntamiento de agotar financiera y jurídicamente la operación de venta con arreglo al plazo estipulado para su perfección, como tenía derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato, y su incumplimiento no puede justificarse por las dificultades que el comprador haya podido padecer para reunir el efectivo necesario para el pago, pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato. *El retraso se convirtió en esencial (en los términos de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, art. 1.803.3) [sic] cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato.* No puede dudarse, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1504 CC –exista o no pacto comisorio–, de la trascendencia de la doble incomparecencia del adquirente en los días señalados en los respectivos requerimientos. Para un ente administrativo, y más si tiene carácter representativo, como ocurre con los entes locales, resulta de gran importancia el cumplimiento de los plazos que imponen las normas de procedimiento administrativo y financiero en garantía de los intereses públicos ligados a la recta y eficaz utilización de los bienes y recursos disponibles para la comunidad vecinal» (la cursiva es nuestra).

3.3.2 EN EL DCFR

[15] Su artículo III.-3:103 (1) dispone la regla general de que, ante cualquier incumplimiento, el acreedor puede fijar al deudor un plazo adicional para cumplir (la *Nachfrist* sin más). En los *Comments* del artículo III.-3:103 DCFR se indica que dicho apartado (1) es en sí mismo innecesario, pues incluso sin él, el acreedor puede comunicar al deudor que le permite un periodo adicional para cumplir. Ahora bien, dicho apartado (1) establece el escenario para el resto del precepto.⁴⁰

Según el apartado (2) del artículo III.-3:103 DCFR, durante el periodo adicional para el cumplimiento, el acreedor podrá *suspender* el cumplimiento de su recíproca obligación, y podrá *reclamar daños, pero no puede recurrir a otros remedios*. En los *Comments* del artículo III.-3:103 DCFR se señala que el principal efecto del apartado (2) es que el acreedor, que dio al deudor un plazo adicional para cumplir, *no pueda cambiar de opinión sin advertirlo, y no*

dor interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. V. FD 1.º de la STS, 1.ª, 23.07.2007.

⁴⁰ *Comments* del artículo III.-3:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I, p. 780.

pueda ejercitar remedios inconsistentes con el hecho de haber concedido el tiempo extra como, por ejemplo, el de exigir el cumplimiento forzoso o el de resolver la relación contractual. Esto puede considerarse un concreto ejemplo de que el ejercicio de los remedios debe ajustarse a la buena fe. No obstante esto, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su recíproca obligación, o incluso puede reclamar daños por cualquier pérdida ya sufrida por el retraso, dado que esos remedios no son incompatibles con la concesión del plazo adicional.⁴¹

Y según el apartado (3) del artículo III.-3:103 DCFR, si el acreedor recibe en el plazo adicional dado para el cumplimiento, la comunicación del deudor de que no cumplirá, o, si transcurre dicho plazo sin que el deudor haya cumplido, el acreedor puede recurrir a cualquier otro remedio del cual disponga.

[16] *Sobre el Derecho español*, en las Notas de Derecho comparado del artículo III.-3:103 DCFR se indica que los acreedores no pueden cambiar de decisión y resolver la relación contractual cuando previamente concedieron al deudor una nueva oportunidad para cumplir: se aplica la prohibición de *venire contra factum proprium* (art. 7 CC)⁴².

A) Artículo III.-3:103 DCFR: «Notice fixing additional period for performance

(1) In any case of non-performance of an obligation the creditor may by notice to the debtor allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations and may claim damages, but may not resort to any other remedy.

(3) If the creditor receives notice from the debtor that the debtor will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the creditor may resort to any available remedy.»

[17] *Para el incumplimiento del retraso no esencial*, el artículo III.-3:503 (1) DCFR dispone que el acreedor puede fijar al deudor un plazo adicional para cumplir y, si en él no cumple, podrá resolver la relación contractual. En el artículo puede constatare su conexión con la *Nachfrist* del anterior artículo III.-3:103 DCFR, que el artículo III.-3:503 (1) DCFR refiere a la resolución y al retraso no esencial.

⁴¹ *Comments* del artículo III.-3:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I, p. 780. En dichos *Comments* se recoge la misma *Illustration 1* del *Comment A* del artículo 8:106 PECL, expuesta *supra* en nota 31.

⁴² Nota 2 de Derecho comparado del artículo III.-3:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I p. 781.

A) Artículo III.-3:503 DCFR: «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.*

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice» (cursiva nuestra).

[18] *Por último*, el artículo III.-3:507 (2) DCFR admite que el acreedor, que hubiere fijado al deudor un plazo adicional para cumplir, *pueda disponer en su comunicación la resolución automática de la relación contractual si el deudor vuelve a incumplir*. En el *Comment B* del artículo III.-3:507 DCFR se precisa que «[...] In such a case an additional notice of termination is not required»⁴³. Y en el *Comment E* del artículo III.-3:507 DCFR se recogen las mismas consideraciones que del *Comment F* del artículo 8:106 PECL transcribimos sobre la resolución automática condicionada y su ejercicio de conformidad con la buena fe; a ellas nos remitimos (*supra* [12])⁴⁴.

A) Artículo III.-3:507 DCFR: «Notice of termination

(1) A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor.

(2) *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» (cursiva nuestra).

3.4 En el CESL

[19] También se recogió la *Nachfrist* y la resolución, y los artículos que lo hicieron no fueron enmendados en la Resolución del Parlamento Europeo de 26.02.2014⁴⁵. Aunque en el Programa

⁴³ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I, p. 879.

⁴⁴ *Comment E* del artículo III.-3:503 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I p. 864.

⁴⁵ Artículo 1 CESL: «1. La finalidad del presente Reglamento es mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del Mercado interior, estableciendo para ello un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual (“la normativa común de compraventa europea”). Estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados cuando así lo acuerden las partes contratantes./ 2. [...]» [COM(2011) 635 final].

de trabajo presentado por la Comisión para el año 2015 se desiste del CESL, el mismo sigue teniendo interés como hipotético modelo de regulación⁴⁶, y a él nos referimos.

[20] Según el artículo 115.1 CESL, si el vendedor se retrasa en entregar el bien y fue un incumplimiento no esencial, el comprador que hubiere fijado un plazo adicional de duración razonable para que el vendedor cumpla, no llevándolo este a cabo en el mismo, puede proceder a la resolución. El artículo 115.2 CESL considera razonable el plazo adicional que el comprador hubiera dado para la entrega del bien, si el vendedor no lo objeta sin demora indebida. Finalmente, el artículo 115.3 CESL trata la posibilidad de que en la notificación del comprador, en la que da al vendedor un plazo adicional para cumplir, aquel disponga la resolución *automática* de la relación de compraventa si el vendedor incumple (segundo incumplimiento). Comentando el artículo 115 CESL, Zoll destaca su aplicación al incumplimiento no esencial, recordando la figura de la *Nachfrist*. También recuerda que, tratándose del remedio de la resolución, no importa si el incumplimiento es o no excusable.⁴⁷

Artículo 1 CESL según la enmienda 26 de la Resolución del Parlamento Europeo de 26.02.2014: «1. The purpose of this Regulation is to improve the conditions for the establishment and the functioning of the internal market by making available, *within the legal order of each Member State*, a uniform set of contract law rules as set out in Annex I ('the Common European Sales Law'). These rules can be used for cross-border transactions for the sale of goods, for supply of digital content and for related services *which are conducted at a distance, in particular online*, where the parties to a contract agree to do so» [cursiva, negrita en el original; COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)].

⁴⁶ COM(2014) 910 Final, 16.12.2014, Annex 2: Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions, Commission Work Programme 2015, A New Start, en su núm 60 se indica como «Reasons for withdrawal/modification»: «Modified proposal in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market».

⁴⁷ ZOLL: «In the case of *delay* the contract may be terminated even if the non-performance is not fundamental (cf art 135). The seller is protected by receiving additional time to perform by traditional means of the '*Nachfrist*', which serves also to protect the stability of the contractual relationship. With the lapse of the additional period, the non-performance does not become automatically fundamental, the termination may be nevertheless effectuated./ Art. 115 applies also in *B2C contracts* [...]» [la primera y la tercera cursivas son negritas en el original; «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núms. 1 y 2, p. 518]. En otro plano, Zoll señala el distinto tratamiento que en el CESL se da al *aliud pro alio* y a la no entrega del bien: el *aliud pro alio* se deriva a la regulación de la falta de conformidad, destacando el autor cómo en las compraventas B2C, este último no ha de fijar al vendedor, en el *aliud pro alio*, un plazo para poder resolver, pudiendo directamente resolver la relación de compraventa; eso no sucede cuando el vendedor incumple la obligación de entrega (art. 115 CESL). No hay una regulación paralela para ambos supuestos. El autor apunta la razón del distinto tratamiento y la posibilidad de que puedan surgir dificultades. Dice: «In *B2C contracts* the distinction between performance of the *aliud ad alia* and the total non-performance produces far-reaching consequences. The case of the delivery of different goods or digital content as agreed under the contract should be regarded as a lack of conformity [...]. It is therefore not the delay in the meaning of the art 115 and the consumer may terminate the contract immediately, without fixing the additional time. It is not a fully coherent solution. If the seller has not performed at all, it may be of benefit to set additional time. If the seller has purported the performance, even if it differs significantly from the

A) Artículo 115 CESL: «Resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento

1. *El comprador podrá resolver el contrato en caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo.*

2. Se considerará que el plazo adicional contemplado en el apartado 1 es razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida.

3. Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el vendedor no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación» (cursiva nuestra).

[21] El artículo 135 CESL –referido al supuesto en el que es el comprador quien se retrasa en cumplir de modo no esencial– es el paralelo al artículo 115 CESL; si bien, comparándolos, aquel ordena alguna que otra norma más, referidas a la relación con un consumidor (en este caso, el periodo adicional para el cumplimiento no puede ser inferior al plazo de treinta días).

A) Artículo 135 CESL: «Resolución por demora tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento

1. *El vendedor podrá resolver el contrato en caso de retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el comprador no cumple su obligación en dicho plazo.*

2. Se considerará que la duración del plazo es razonable si el comprador no se opone a él sin demora indebida. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, el plazo adicional de cumplimiento no deberá terminar antes del periodo de treinta días contemplado en el artículo 167, apartado 2.

3. Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el comprador no cumple en el plazo

owed goods, the consumer may terminate the contract without granting an additional period of time. It is an open question, whether in the case of the *aliud ad alia* a more hybrid approach should be suggested, which would mean a general application of the rules on the lack of conformity, but also the rule on delay arising from art 115. However, it may create additional inconsistencies in the way of the treatment of other kinds of the lack of conformity. It is the price to pay for the extremely generous system allowing the consumer the termination, but only in the case of lack of conformity. However, difficulties must emerge on the edge of the category of the lack of conformity» [es oportuno recordar que para la compraventa B2C y cuando el vendedor entregó un bien no conforme con el contrato, el consumidor puede inmediatamente resolver la relación de compraventa, salvo que se trate de una falta de conformidad insignificante, art. 114.2 CESL; *cfr.* art. 106.3 (a) CESL; *op. cit.* núm. 5, p. 519].

fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación.

4. En contratos de compraventa de bienes de consumo, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor» (cursiva nuestra)⁴⁸.

4. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN EN NUESTRO DERECHO: SU NO RECONOCIMIENTO GENERAL Y SU PROGRESIVA PENETRACIÓN

[22] ¿Dispone nuestro Derecho, *con carácter general*, el modelo de la *Nachfrist* y la resolución?

No⁴⁹. La norma general de la resolución del artículo 1124 CC, completada por la jurisprudencia, dispone otro modelo. Pero siendo esto cierto, es también verdad que la *Nachfrist* y la resolución puede reconocerse (*ir en su búsqueda*) en: (1) ciertas normas; (2) ciertas interpretaciones de los autores; y (3) ciertas prácticas contractuales. Pasamos a su exposición.

⁴⁸ SCHMIDT-KESSEL/SILKENS: «Compared to the binding force of the contract the remedy of termination seems to be somewhat contradictory. Therefore, it is difficult to find an entirely common ground for the remedy of termination in Europe. However, some elements are –at least functionally– beyond discussion: Modern rules on termination are based on a non-performance of some significant weight, which usually is enshrined in the notion of fundamental non-performance. Moreover, it is most common to combine the idea of a fundamental non-performance with a kind of *Nachfristlösung* in one way or the other: In some legal systems the *Nachfrist* is the rule and this *Nachfrist* is dispensable in case of a fundamental breach; this, e.g., is the case in the younger German law of obligations, cf. § 323(1) and (2) BGB [*supra* [7] B]). The alternative is the idea of making time of the essence by giving notice in setting a further period, while fundamental breach applies as a kind of general rule; this is the concept of Art. 49 CISG, taken over by Art. 9:301 PECL and Art. III-3:502, 503 DCFR./The general concept of the reference to a fundamental breach was taken over also by European Commission when proposing Art. 134 CESL. In adaption of the solutions developed under the CISG, PECL and the DCFR Art. 135 CESL amends the general rule by a *Nachfrist*-solution for cases of delay of performance. The purpose of the restriction of this *Nachfrist*-solution to cases of delay is not to open the door to termination in cases of non-conformity which does not amount to a fundamental non-performance. However –as *Faust* has pointed out for the DCFR– Art. 135 CESL would also cover the case of delay in replacement or repair of a non-conformity which is not fundamental. One could avoid this consequence by interpreting the term delay as deliberately excluding all situations of non-conformity. However this is not self-evident. From a policy point of view the answer is also not entirely clear: On the one hand a seller disputing the non-conformity always risks to run into termination even where he is acting in *bona fide*. On the other hand it seems to be necessary to provide for cases where the seller repudiates his obligation to provide for replacement or repair and a substitute transaction of the buyer is not reasonable or even possible. A solution would probably be the introduction of a general concept of supervening fundamentality of the breach, which is originally non-fundamental simply by referring to the behavior of the party in breach» [(2015) pp. 127-128].

⁴⁹ FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [78] p. 1577, y nota 246.

4.1 La *Nachfrist* y la resolución en nuestro Derecho positivo

[23] El Derecho privado español cuenta con normas en las que puede reconocerse la *Nachfrist* y la resolución. En concreto:

a) Se ha recogido –se ha visto– en los artículos 47 y 49.1.b), 63 y 64.1.b) CISG.

b) A la misma puede asociarse la resolución del artículo 32 de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias* (Ley 4/2012 en lo sucesivo). Dicho artículo trata del supuesto en el que el titular del aprovechamiento por turno no paga las cuotas que le correspondan por la prestación de los servicios recibidos, disponiendo cómo ha de procederse para llegar a la resolución de la relación contractual con el propietario. El citado artículo tiene idéntica redacción a la del derogado artículo 13 de la *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias* (Ley 42/1998 en lo sucesivo). Por ello, vamos a servirnos del comentario de Munar Bernat al artículo 13 de la Ley 42/1998, para el análisis del artículo 32 de la Ley 4/2012.

A) Artículo 32 de la Ley 4/2012: «Resolución por falta de pago de las cuotas

1. Salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año.

El propietario podrá ejercer esta facultad de resolución, a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el contrato, bajo apercibimiento de proceder a la resolución del mismo si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas./ [...]»⁵⁰ (cursiva nuestra).

⁵⁰ El artículo 32 de la Ley 4/2012 sigue: «2. Para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción./ No obstante, mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. Todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los Tribunales establecida en el artículo 1154 del Código Civil./ 3. El propietario que ejercite la facultad resolutoria regulada en este artículo quedará obligado a atender las deudas que el titular del derecho de aprovechamiento por turno tuviere pendientes con la empresa de servicios, salvo pacto en contrario con ésta».

Munar Bernat destaca que el propietario es el que tiene la facultad de resolver, y no la empresa prestataria de los servicios. Ahora bien, «como la empresa recauda las cuotas por los servicios, quien sabe si existen deudas o retrasos es ésta; de ahí que la resolución la ejercerá el propietario no *motu proprio*, sino a instancias de la empresa»⁵¹. Indica que «la Ley prevé hasta dos requerimientos que tienen distinto contenido y alcance»⁵². «En primer lugar, la empresa de servicios –o la propiedad si los presta directamente– debe requerir en el momento que corresponda para que se proceda al pago de las cuotas»⁵³. «Una vez realizado ese requerimiento, si el titular no satisface las cuotas debidas por una anualidad de servicios, nace el supuesto de hecho resolutorio»⁵⁴. «Acreditada esa primera circunstancia, la empresa de servicios instará a la propiedad para que ejerza la facultad, para lo cual el propietario deberá proceder al requerimiento fehaciente al deudor»⁵⁵. «Ese requerimiento debe tener un doble contenido: la exigencia del pago de la deuda existente y el apercibimiento de dar por resuelto el contrato si en un plazo de 30 días no paga. Es decir, está indicando también cuál es la manera que puede tener el titular de evitar la resolución, al indicarle que tiene un plazo de 30 días para pagar» (cursiva nuestra)⁵⁶.

c) Para el incumplimiento de la obligación de entrega en plazo del bien por el vendedor y en la *compraventa con consumidores* –y en el contrato de cosa mueble a construir como veremos– el artículo 66 bis.2.I TRGDCU recoge la *Nachfrist* y la resolución. Su estudio lo realizamos *infra* [57] y ss.

4.2 La *Nachfrist* y la resolución en la práctica contractual: las cláusulas resolutorias condicionadas al previo requerimiento de cumplimiento

[24] La penetración progresiva en nuestro Derecho de la *Nachfrist* y la resolución también viene –como apuntamos– de la mano de los propios contratantes. Estos pueden haber pactado una *cláusula resolutoria (pacto resolutorio) diseñada del modo que sigue y con las oportunas variaciones y adecuada redacción*: ante el incumplimiento de cierta obligación contractual por el deudor, el

⁵¹ MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) p. 1661.

⁵² MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) p. 1661.

⁵³ MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) p. 1661.

⁵⁴ MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) pp. 1661-1662.

⁵⁵ MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) p. 1662.

⁵⁶ MUNAR BERNAT, «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998» (2011) p. 1662.

acreedor le requerirá para que cumpla en plazo determinado y si el primero no cumple en él, el segundo dispondrá de la resolución (arts. 1255, 1091 CC)⁵⁷.

4.3 **La *Nachfrist* y la resolución cuando se pacta una cláusula resolutoria *no condicionada al* previo requerimiento de cumplimiento: la exigencia legal de que, en ciertos casos, el acreedor haya de requerir *primero* el cumplimiento de la obligación**

[25] En otras ocasiones, los contratantes pueden haber estipulado cláusulas contractuales en las que se disponga que, producido cierto incumplimiento, el contrato *se resolverá*; o bien que, producido cierto incumplimiento, el acreedor *dispondrá de la facultad de resolver* la relación contractual. Una y otra cláusula comparten que la resolución *no* se ha condicionado a que el acreedor haya de exigir primero el cumplimiento de la obligación al deudor. Ahora bien, ante dichas cláusulas, *en ciertos casos* y con el fin de que el contrato pueda salvarse favoreciendo al deudor incumplidor y no perjudicándose al acreedor, el legislador, o la interpretación que de la norma hacen los autores, imponen al acreedor que primero exija el cumplimiento al deudor incumplidor, y si este no cumple en el plazo que le hubiera fijado, el acreedor dispondrá de la resolución.

[26] Dentro de esos casos se encuentra *el pacto de lex commissoria en la venta de inmuebles con precio aplazado*. Hablamos de pacto o cláusula resolutoria, por entender que esa es su naturaleza jurídica⁵⁸. Pero las normas que analizamos emplean una distinta terminología, lo que depende de la construcción que el legislador haya adoptado. Así: (1) en el Fuero Nuevo se habla de pacto comisorio que faculta al vendedor para ejercitar de pleno derecho la resolución del contrato (Ley 486); (2) en el PCCCat. se hace referencia al pacto de condición resolutoria que faculta al vendedor para resolver la compraventa (art. 621-54); y (3) en el Código civil (art. 1504), se indica que si «se hubiera estipulado que por falta del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato [...]».

⁵⁷ Otros posibles ejemplos de redacción o fórmula contractual podrían ser: incumplida cierta obligación, se producirá automáticamente la prórroga de su plazo de cumplimiento durante unos días o unos meses, y si en el plazo prorrogado no cumple el deudor, el acreedor podrá resolver la relación contractual; o producido el incumplimiento de cierta obligación del deudor, el acreedor podrá resolver la relación contractual transcurridos un determinado número de días, o un mes o varios meses, sin que el deudor haya cumplido.

⁵⁸ Sobre esta cuestión, MOLL DE ALBA LACUVE (2011) pp. 429-435, 444-445.

Otra norma de la que tratamos es el artículo 27.4.I LAU que, para el arrendamiento de vivienda, regula la estipulación contractual consistente en «que el arrendamiento quedará resuelto por la falta de pago de la renta».

4.3.1 EL PACTO COMISORIO Y EL FUERO NUEVO

[27] La Ley 486 FN dispone que, habiéndose estipulado el pacto comisorio, el vendedor *podrá resolver* la relación de compraventa por la falta de pago total o parcial del precio, transcurrido el plazo de un mes y un día o el mayor plazo pactado, a contar *desde su requerimiento de cumplimiento al comprador*. La Ley 487 FN señala algunas de las consecuencias de tal resolución.

Según Otazu Serrano, «[...] la ley 487 da por resuelto el contrato y se refiere a los efectos de dicha resolución, así como al requisito para que sea válida la resolución, es decir, la notificación al deudor [...]. Debemos entender que si no se ha realizado esta notificación, o no se ha realizado correctamente (de forma fehaciente) no se tendrá por resuelto el contrato en el que se establecía el pacto comisorio. Esta notificación podrá ser judicial o notarial [...] y sólo dependerá de la voluntad del acreedor [...], puesto que el único requisito que hace falta, en principio, para que se lleve a cabo es el incumplimiento por parte del comprador. La doctrina se plantea el problema de la necesidad de notificación al tercer poseedor de la finca; la RDGRN de 17 septiembre 1985 mantiene que sólo es necesaria la notificación de la resolución al comprador. *En esta ley no se hace ninguna referencia a plazo, porque ya se ha hecho en la ley 486 [...]: un mes y un día como mínimo a contar del requerimiento fehaciente, aunque, en esta ley se está haciendo referencia en realidad a un requerimiento de pago, puesto que como consecuencia de éste, el deudor aún puede cumplir la obligación, pero si no es así, este requerimiento entendemos que sirve como notificación de la voluntad de resolver por parte del acreedor*»⁵⁹.

A) Ley 486 FN: «Concepto

En la compraventa con precio aplazado total o parcialmente, puede establecerse el pacto comisorio por el cual la falta de pago de todo o parte del precio en el tiempo convenido facultará al vendedor para ejercitar de pleno derecho la resolución del contrato, que sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciera al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación.

⁵⁹ OTAZU SERRANO, «Comentario de la Ley 487 FN» (2002) pp. 1637-1638.

El vendedor podrá optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato mediante la percepción del precio aplazado.»

Ley 487 FN: «Resolución

En caso de resolución, *una vez notificada*, la cosa se tendrá por no vendida y quedarán sin efecto los actos de enajenación y gravamen, así como todos los arrendamientos concertados por el comprador» (cursiva nuestra).

4.3.2 EL PACTO COMISORIO Y EL PCCCAT.

[28] El artículo 621-54 PCCCat. regula el pacto de condición resolutoria para la obligación del comprador del pago del precio⁶⁰. En él, expresamente se ordena que para resolver el vendedor ha de requerir previamente el pago al comprador por acta notarial. El plazo en el que el comprador puede pagar es de veinte días. Además, el vendedor ha de advertir al comprador, que si no paga en esos veinte días, tendrá lugar la resolución de la compraventa.

El artículo 621-54 PCCCat. también precisa que el impago del comprador (cuota/cuotas e intereses) ha de superar cierto nivel: el 15% del precio íntegro más intereses. Con ello el legislador catalán fijaría qué incumplimientos permiten la resolución de la relación de compraventa. Se contaría con un pronunciamiento legal sobre el problema de a partir de qué cantidad no pagada (la parte) en comparación con el precio total e intereses (el todo) sería necesaria para la aplicación del pacto comisorio.

En la Exposición de Motivos del PCCCat. se indica, para el artículo 621-54, «[p]er últim s'ofereix una regulació *ponderada* de la condició resolutòria explícita» (cursiva nuestra).

A) Artículo 621-54 PCCCat.: «Pacte de condició resolutòria

1. El pacte de condició resolutòria establert per al supòsit de manca de pagament del preu ajornat, faculta al venedor per resoldre el contracte i recuperar l'immoble, sempre que hagi requerit prèviament el comprador mitjançant acta notarial perquè en un termini de vint dies efectuï el pagament, amb l'advertiment que en cas de no fer-ho té lloc la resolució de la compraventa.

2. Quan el pacte s'hagi formalitzat en escriptura pública inscrita en el Registre de la Propietat, s'apliquen a la resolució les normes incloses en aquest número i en els següents. El pacte ha de preveure que per que tingui lloc la resolució la quota o quotes

⁶⁰ La proyectada regulación de la compraventa se ubicaría en el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, Títol II *Tipus contractuals*, Capítol I *Contractes amb finalitat transmissora*, Secció primera *Contracte de compraventa*. Dentro de la Sección 1.ª, su Subsección 7.ª se rubrica *Especialitats de la compraventa d'immobles* (arts. 621-49 a 621-54 PCCCat.).

impagades, inclosos, en el seu cas, els interessos pactats, han de superar un quinze per cent del preu íntegre més els interessos. [...]»⁶¹.

3. [...]»⁶² (cursiva nuestra).

4.3.3 EL PACTO COMISORIO Y EL CÓDIGO CIVIL

[29] El artículo 1504 CC –en el que influyó el art. 1656 *Code civil*⁶³– contempla el pacto comisorio en la venta de inmueble⁶⁴.

⁶¹ Continúa: «Es pot establir que el venedor retingui les quantitats abonades pel comprador, amb un màxim de la meitat de la quantitat total que hagi hagut de percebre, d'acord amb el contracte, fins a la data de la resolució. Si s'han pactat interessos, l'escriptura ha d'incorporar un quadre d'amortització i el tipus d'interès ha de ser fix, s'ha de meritjar per mesos vençuts, i no pot ser superior a l'interès legal del diner en el moment de l'atorgament, incrementat en el cinquanta per cent. El venedor no pot reclamar al comprador cap quantitat per les quotes futures i no vençudes».

⁶² En lo que sigue, el artículo se ocupa de cómo se desenvuelve el procedimiento de resolución notarial, teniendo en cuenta el comportamiento del comprador (si se opone, no se opone, o se opone limitadamente a la liquidación practicada por el vendedor; también se ocupa de ciertos aspectos registrales (cancelaciones, etc.). Artículo 621-54 PCCCat.: «3. El procedimiento notarial es el siguiente: a) El notari ha de demanar al Registre de la Propietat certificació de domini i càrregues de la finca, que s'ha de fer constar per nota marginal. Un cop rebuda la certificació, ha de notificar al comprador la voluntat del venedor de resoldre el contracte, amb efectes des de la data de la notificació, així com als titulars de drets reals inscrits amb posterioritat, en el domicili que consti al Registre segons la certificació. Si en aquesta consta l'immoble com a habitatge de la família també s'ha de notificar al cònjuge o convivent. Quan no consti el domicili dels titulars, la notificació es practica per edictes en un dels diaris de major difusió en el lloc d'ubicació de la finca./ b) El comprador, en el termini de quinze dies, es pot oposar a la resolució si paga el deute, al·lega el pagament d'allò reclamat, o la concurrència d'altra causa d'oposició establerta al contracte. En aquests casos, el notari dona per acabada la seva intervenció i per conclòs el procediment, i queda expedida la via judicial o arbitral./ c) En el supòsit de manca d'oposició a la resolució o d'oposició limitada a la liquidació practicada pel venedor, l'acta notarial constitueix títol per a la inscripció del domini de l'immoble a favor del venedor, per a la cancel·lació de la inscripció de la condició resolutòria exercitada i la de tots els assentaments de càrregues, gravàmens i drets consignats en el Registre amb posterioritat, a excepció dels relatius a litigis sobre la vigència o l'exercici de la pròpia condició resolutòria./ 4. La readquisició pel venedor comporta l'afecció de l'immoble, amb caràcter real, en benefici del comprador i dels titulars d'assentaments posteriors, com a garantia de la quantitat que, si escau, s'hagi d'abonar al comprador. En la reinscripció a favor del venedor es fa constar aquesta afecció, l'import de a qual és la quantitat total que, d'acord amb el contracte hauria hagut de percebre el venedor fins la data de la resolució, segons allò determinat per l'acta notarial./ 5. L'afecció s'extingeix totalment o parcialment per: a) Consentiment del comprador i, si escau, dels titulars de drets posteriors./ b) Resolució judicial o laude arbitral./ c) Consignació notarial de la quantitat garantida o aval bancari pel seu import./ d) Caducitat, transcorreguts cent vuitanta dies des de la data de la reinscripció a favor del venedor, llevat que hagi una anterior anotació de demanda d'oposició a la resolució o a la liquidació./ 7. [sic; 6] Els assentaments registrals es practiquen d'acord amb el que disposa la Llei Hipotecària».

⁶³ Por todos, por ejemplo, SCAEVOLA (1906) p. 732; ROVIRA JAÉN, *ADC* (1993) pp. 1189, 1209-1213. Artículo 1656 *Code civil*: «S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles, que faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai». Cfr. artículo 1139 *Code civil*, transcrito *infra* nota 96.

⁶⁴ Sobre la naturaleza del pacto comisorio como condición o facultad del vendedor, v. MAGARIÑOS BLANCO (1992) pp. 75-81; para la opinión del autor, *op. cit.* pp. 81 ss.

A) Artículo 1504 CC:

«En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término» (cursiva nuestra).

[30] El sintagma del artículo 1504 CC puesto en cursiva ha planteado la cuestión de *su contenido*: ¿es de pago? ¿Es de resolución? Ambos entendimientos se han defendido.

A) Siendo de nuestro particular interés el pacto comisorio del artículo 1504 CC, conviene recordar otros aspectos del artículo.

B) ¿A qué compraventas se aplica?

Doctrina y jurisprudencia han considerado su aplicación a la compraventa de inmueble con precio aplazado: (1) con pacto comisorio; y (2) sin pacto comisorio⁶⁵. La literalidad del precepto permite tal interpretación. Su «aun cuando» presupone su aplicación a la venta en la que *no* se hubiere establecido el pacto comisorio. Ahora bien, hay voces críticas con tal interpretación. En este sentido, Gregoraci Fernández, Ataz López, y Montés Penadés.

B.1) Gregoraci Fernández –en un trabajo inédito en el momento en que estas líneas son escritas (2015) y de próxima publicación– sostiene que «[a] la vista de la *ratio* de las normas contenidas en el artículo 1504 CC y de su origen histórico, no debería existir duda alguna acerca de su ámbito objetivo de aplicación: a mi juicio, debería ser evidente que el artículo 1504 CC es un precepto pensado para aquellas compraventas de bienes inmuebles con pago del precio aplazado en las que se ha incluido un pacto comisorio construido como una condición resolutoria expresa, es decir, con efectos automáticos»; «[y] es que la regulación del artículo 1504 adquiere todo su sentido sólo si hay pacto comisorio diseñado con efectos automá-

⁶⁵ Por ejemplo CLEMENTE MEORO (2009) pp. 46-49, en particular la p. 47, y desde la p. 39 para otros aspectos del ámbito de aplicación objetivo del artículo 1504 CC; p. 161; también de CLEMENTE MEORO (2014) pp. 321-322. O, ATAZ LÓPEZ: «Es opinión prácticamente no discutida, y reiterada por abundante jurisprudencia, que el artículo 1504 se aplica (a) toda resolución de una compraventa de bienes inmuebles (b) basada en el impago del precio por parte del comprador, *con independencia de que concurra o no un pacto comisorio o condición resolutoria explícita*. Se menciona en ocasiones también como requisito el que (c) debe tratarse de un contrato en el que se haya aplazado el pago del precio, aunque en realidad una vez decididos a interpretar literalmente el artículo 1504, lo cierto es que en él no se exige que haya habido aplazamiento de pago, sino que sólo lo presupone» [(2013) p. 10649; cursiva nuestra]. Asimismo señalan la aplicación del artículo 1504 CC a la compraventa de inmueble con pacto comisorio y a la que no lo tiene: SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1504 CC» (1906) pp. 731-732; JORDANO FRAGA (1992) pp. 23-34; MOLL DE ALBA LACUVE (1999) pp. 35 y 178, y (2006) pp. 441-443; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (2001) pp. 24-26, 60-61, 86; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 193-194; VAQUERO PINTO (2013) pp. 1653-1654, 1656.

ticos, pues solo en ese caso surge la necesidad de establecer que la resolución no operará automáticamente». ⁶⁶

B.2) Ataz López (en 2013) recuerda que el artículo 1656 *Code civil* [nota 63] se aplica «sólo al caso del pacto comisorio» (cursiva suya) y que el «Proyecto de 1851 [art. 1433; *infra* [31] A)], al cambiar la redacción del Código francés, adoptó una fórmula que podía entenderse aplicable a casos distintos del pacto comisorio, pero como sólo tenía sentido tal norma en dicho pacto, quedaba finalmente claro que no se había querido modificar el sentido del precepto francés y, de hecho, el comentario de GARCÍA GOYENA se refiere exclusivamente al pacto comisorio sin contemplar la posibilidad de que la norma se aplicara a ningún otro supuesto» (mayúscula del autor) ⁶⁷.

«En la redacción del artículo 1504 se introdujeron dos modificaciones fundamentales sobre el texto del Proyecto de 1851:

a) La primera se refiere al supuesto de hecho y tuvo el resultado de alejar la literalidad de la dicción de la norma de pacto comisorio, aunque no está claro que ese fuera el efecto buscado. *Literalmente lo que el 1504 dice es que lo en él declarado, se aplicará también en el caso de que haya habido pacto comisorio. Es como si el precepto quisiera aclarar las dudas que alguien pudiera tener sobre si la norma se aplica o no cuando haya habido pacto comisorio; pero esta, al menos literalmente, no se refiere sólo a ese caso. Lo que, por otra parte, no tiene demasiado sentido, porque la norma que se dicta es –sigue siendo– la misma que en sus precedentes: una limitación de la eficacia del pacto comisorio»* (cursiva nuestra) ⁶⁸.

El autor señala, que «posiblemente los redactores del Código civil no quisieran con la primera modificación [la señalada en la anterior letra a)] cambiar realmente el ámbito de aplicación del precepto» [el del art. 1504 CC] ⁶⁹.

B.3) Con anterioridad (en 1989), Montés Penadés se había manifestado crítico con la interpretación que aplica el artículo 1504 CC a la compraventa *sin* pacto comisorio. Afirmó: «[e]n una compraventa de bienes inmuebles en la que nada se ha dicho sobre la

⁶⁶ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [42]; entre los dos párrafos transcritos, la autora indica en caja más pequeña: «La naturaleza jurídica del pacto comisorio ha llegado a ser un tema muy discutido en la doctrina española, que se ha dividido en torno a dos opiniones: la de quienes lo califican de condición resolutoria expresa; y la de quienes se muestran contrarios a dicha calificación./ Sea cual fuere la naturaleza jurídica del pacto comisorio, lo que el artículo 1504 CC hace, desde luego, es impedir que la resolución en él prevista tenga efectos automáticos»; además *op. cit.* [43]-[45] y conclusión tercera del trabajo. Sobre la *ratio legis* del artículo 1504 CC (su razón histórica), GREGORACI FERNÁNDEZ indica: «El artículo 1504 CC no puede comprenderse si no se coloca en su contexto histórico. Éste es el que explica que los objetivos buscados por el legislador del S. XIX con dicho precepto fueran los siguientes: en primer lugar, evitar el efecto automático de la resolución pactada expresamente; y, en segundo lugar, permitir el ejercicio extrajudicial de la resolución» (*op. cit.* [34], ideas que desarrolla en [35]-[41]).

⁶⁷ ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) p. 10647.

⁶⁸ ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) p. 10647.

⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) p. 10648.

resolución se habrá de aplicar el régimen general que, por remisión del artículo 1506, será el del artículo 1124»⁷⁰.

C) Otro aspecto de interés es que, como es conocido, el Tribunal Supremo señala que el artículo 1504 CC ha de *completarse* con el artículo 1124 CC, y la resolución de este último requiere del incumplimiento esencial (el que frustre el fin del contrato; *supra* [5]). Esa complementariedad conllevaría que el incumplimiento de la obligación de pago del precio haya de ser un incumplimiento esencial. Si no lo fuera, el vendedor no podría resolver la relación de compraventa [cfr. 621-54.2 PCCCat. *supra* [28] A)].⁷¹

Ahora bien, recientemente (2015), Gregoraci Fernández ha sometido a minucioso análisis la mentada jurisprudencia que complementa el artículo 1504 CC con el artículo 1124 CC a fin de «[...] determinar el verdadero alcance de la jurisprudencia imperativista del artículo 1124 CC en el objeto de este estudio, es decir, para determinar si realmente esta jurisprudencia constituye un argumento contrario a la posibilidad de que las partes puedan, con carácter general, atribuir trascendencia resolutoria a un incumplimiento, [...]»⁷². La temática del trabajo de la autora es más amplia que la del pacto comisorio del artículo 1504 CC; trata de las cláusulas resolutorias expresas y su control (qué límites han de respetarse para su validez; qué poderes de control tienen los jueces) dife-

⁷⁰ MONTÉS PENADÉS, «Comentario del artículo 1124 CC» (1989) p. 1221. El texto sigue: «En tal caso, lo que se quiere decir es que el comprador puede enervar la acción de resolución verificando el pago antes de la sentencia, que en este caso sería constitutiva, dado los amplísimos poderes del Juez para evaluar el incumplimiento y para conceder nuevo término» (*op. cit.* pp. 1221-1222). De interés estas otras palabras del autor, anteriores a la afirmación transcrita en el cuerpo del texto: «De todo ello se desprende con claridad que el efecto fundamental, de Derecho cogente, que contiene el precepto, se centra en la posibilidad que tiene el comprador del inmueble de pagar válidamente, por grande que sea su demora, en tanto no se haya producido la intimación o requerimiento o manifestación del vendedor. Por ello, no cabe una condición resolutoria propiamente dicha, con eficacia *ipso iure*, sea cual fuere el pacto, en la compraventa de bienes inmuebles, respecto del precio convenido./ [...] El contenido imperativo de este precepto, en el punto que hemos subrayado, produce su aplicación incluso en defecto de pacto. Generalmente, se dice que la facultad de resolución existe tanto cuando se ha pactado expresamente como si no se ha pactado, con base en un autorizado comentario, a diferencia del texto del artículo 1656 del Código civil francés [transcrito *supra* nota 63], que empieza diciendo: “Si ha sido estipulado ...”. Las diferencias, sin embargo, no van más allá de lo puramente terminológico. El Código civil francés viene a decir que cuando se ha estipulado expresamente el pacto comisorio, aún entonces el comprador puede pagar después de expirado el plazo. No consideró el legislador la necesidad de decir que si no había estipulado pacto comisorio, porque en tal caso no se aplicaría ningún tipo de resolución especial. En otras palabras, el beneficio que para el comprador consiste en poder pagar, incluso fuera del término, en defecto de intimación, sólo tiene sentido ante un pacto de resolución automático. El otro caso, *va de soi*. En nuestro precepto [art. 1504 CC], el texto dice “aun cuando se hubiera estipulado ...” y de ahí se quiere deducir que cuando no se ha estipulado también se aplica. Pero ello significaría admitir que el pacto comisorio es un elemento natural en la compraventa de inmuebles, lo que me parece excesivo a todas luces, y además fuera de ordenación» (*op. cit.* pp. 1220-1221).

⁷¹ CLEMENTE MEORO (2009) pp. 77-78, en particular pp. 84-89 y 114-115, pero v. desde p. 77 hasta p. 137, y (2014) pp. 322-324; JORDANO FRAGA (1992) pp. 181-183.

⁷² GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [51]; en los [52]-[76], la autora lleva a cabo su minucioso análisis jurisprudencial.

renciando si la cláusula contractual es negociada o predispuesta⁷³. En esencia, para las cláusulas resolutorias *negociadas*, Gregoraci Fernández considera que el juez no puede, a la hora de juzgarla, valorar la entidad del incumplimiento (su carácter esencial); si bien la cláusula ha de respetar los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y su ejercicio no ha de contradecir a la buena fe (art. 7.1 CC)⁷⁴. Sobre la cláusula resolutoria del artículo 1504 CC –la autora parte de que la resolución de este artículo, habiendo pacto comisorio [*supra* anterior B.1)], no requiere un incumplimiento esencial a diferencia del art. 1124 CC⁷⁵– y tras analizar los casos en los que, efectivamente, se había pactado una cláusula resolutoria expresa (art. 1504 CC) y el tribunal denegó la resolución, indica que «se constata que ninguna lo hizo por no revestir el incumplimiento las características exigidas por el artículo 1124 CC y su jurisprudencia»⁷⁶.

Sobre las cláusulas resolutorias *predispuestas* por el profesional, siendo la contraparte –el adherente– un *consumidor*, Gregoraci Fernández indica que «la pregunta que hay que formularse es si una cláusula resolutoria expresa que faculta al empresario a resolver el contrato ante un incumplimiento del consumidor que no quepa calificar de esencial es o no abusiva»⁷⁷. Tras analizar diferentes preceptos del TRLGDCU y referirse a la STJUE de 14 de marzo de 2013, la autora plantea si «existe en nuestro Ordenamiento algún medio adecuado y eficaz que permita al consumidor, sujeto a la aplicación de la cláusula resolutoria expresa, poner remedio a los efectos de la resolución»⁷⁸. Y considera que «[u]n instrumento que podría acometer esta función es el plazo adicional o *Nachfrist* del Derecho alemán, cuya adopción en nuestro Ordenamiento han propuesto muchos autores»⁷⁹. «No hay que olvidar que el predisponente puede evitar la nulidad de la cláusula resolutoria expresa mediante la inserción de otras cláusulas en el contrato que “*compensen*” el desequilibrio de derechos y obligaciones»⁸⁰. «Pues bien, la cláusula resolutoria expresa que faculta al empresario a resolver el contrato ante un incumplimiento del consumidor que no es esencial, podría ser válida si se acompañara de la carga del predisponente de otorgar un plazo adicional al consumidor para subsanar el incumplimiento» (*cf.* art. 82.1 TRLGDCU)⁸¹.

⁷³ GREGORACI FERNÁNDEZ: «[...]». La [cuestión] que constituye el punto de partida del presente trabajo es la siguiente: situados en el caso en que se produce el incumplimiento previsto en la cláusula resolutoria, ¿es jurídicamente correcta la aplicación del régimen previsto en el artículo 1124 CC y la genérica doctrina jurisprudencial desarrollada a partir de dicho precepto? En concreto, ¿es jurídicamente correcto que el Juez entre a valorar si el incumplimiento de la obligación, previsto en la cláusula, es o no esencial?» [(2015) [2]; v. [1]. [3], [4], [5]].

⁷⁴ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [6], [29] y Conclusión segunda del trabajo; v. [7]-[30].

⁷⁵ GREGORACI FERNÁNDEZ, con apoyo en Montés Penadés; y con cita de Ataz López, Pérez de Ontiveros Baquero, y Vaquer Pinto [(2015) [46]; v. hasta [50].

⁷⁶ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) conclusión cuarta del trabajo; v. [32], [51]-[76].

⁷⁷ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [83]; y si el adherente es un profesional, *op. cit.* [79].

⁷⁸ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [86], v. [84]-[85].

⁷⁹ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [86].

⁸⁰ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [88].

⁸¹ GREGORACI FERNÁNDEZ (2015) [88] y conclusión final quinta.

D) El último aspecto al que aludiré es el de la forma del requerimiento del artículo 1504 CC («judicialmente o por acta notarial»). Al respecto, recordaré la conocida STS, 1.^a, de Pleno, 04.07.2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios; Cendoj, Roj STS 5101/2011⁸²)⁸³, en la que el Tribunal Supremo *no* admite que el requerimiento del artículo 1504 CC pueda llevarse a cabo mediante burofax⁸⁴. Y *admite*

⁸² *Hechos*.—Se había vendido un inmueble (una nave). El vendedor demandó al comprador, ejercitando la acción declarativa de resolución contractual por el incumplimiento de la obligación de pago de precio. Aquél había previamente requerido al comprador mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por vía notarial (se había dejado aviso en el domicilio del comprador por encontrarse este ausente); y también le había requerido mediante burofax (segundo intento de requerimiento). El comprador se opuso a la demanda de resolución. A su entender, *solo* había incumplido el vendedor. Reconvinó e instó el cumplimiento del contrato, pidiendo que se condenase al vendedor a la entrega de la nave y al otorgamiento de la escritura, o subsidiariamente, si no fuera posible, al cumplimiento *in natura*, a la indemnización del precio de la finca más la devolución de la cantidad de 6.000 euros inicialmente entregada. (FD 1.º y 2.º).

El Juzgado desestimó la demanda y estimó la reconvencción: accedió al cumplimiento *in natura*, y subsidiariamente, por equivalente, sin devolución de los 6.000 euros inicialmente entregados por estar estos incluidos en el precio final. El vendedor apeló y la Audiencia Provincial revocó la sentencia: entre otras cosas, dejó sin efecto la estimación de la condena relativa a la entrega de la nave y al otorgamiento de escritura pública; consideró que el comprador había sido el único incumplidor y que los requerimientos del vendedor —carta certificada por vía notarial, burofax— no eran válidos a efectos del artículo 1504 CC. Ambas partes recurrieron en casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación: *declaró resuelta la relación de compraventa por incumplimiento del comprador*, con devolución a este del importe actualizado de la suma en su día entregada a cuenta de precio. (FD 1.º y fallo de la sentencia del Tribunal Supremo).

⁸³ Del siguiente modo exponía el estado de la cuestión a fecha de (noviembre) 2009, CLEMENTE MEORO: (1) «El requerimiento judicial pasa por interponer acto de conciliación. También cabría pensar en que sirviera de requerimiento judicial la misma demanda de resolución, que vendría a poner de manifiesto de manera fehaciente que ante el incumplimiento del comprador, el vendedor opta por la resolución. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el requerimiento ha de ser diferente y previo a la demanda» [(2009) pp. 50-51]; (2) sobre «[e]l requerimiento notarial es, como señala el propio art. 1504 CC, un acta notarial. Mas no es propiamente un acta notarial de requerimiento sino de notificación. Lo que el indicado precepto llama requerimiento es, en realidad, una comunicación del vendedor de su opción por la resolución del contrato. El vendedor no ha de intimar o requerir al comprador sino comunicar su voluntad de resolver —que según algunas sentencias ha de ser clara, inequívoca o indubitada—. El requerimiento del artículo 1504 tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a éste modo de extinguirla; y no viene obligado el vendedor a requerir de pago antes de resolver por incumplimiento. No obstante lo anterior, es frecuente en la práctica notarial que la cláusula que se introduce en la compraventa de inmuebles para regular la resolución por impago del precio exija al vendedor la concesión al comprador de un plazo de gracia antes de la resolución; lo que es perfectamente lícito» (*op. cit.* pp. 57-58; v. pp. 49-61). V. la nota siguiente.

⁸⁴ (1) STS, 1.^a, de Pleno, 04.07.2011: «En cuanto a la forma de llevar a cabo el requerimiento, partiendo del tenor literal del artículo 1504 CC, que habla de requerimiento judicial o mediante acta notarial, la jurisprudencia ha declarado *tradicionalmente* que tales formas, en las que se incluye el acto de conciliación (SSTS [...]), son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificado (SSTS [...])./ También nuestra jurisprudencia ha rechazado en algún caso que tenga valor de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda [STS (...)]./ Es cierto, sin embargo, que *en algunas sentencias recientes de esta Sala se ha admitido en varios casos el requerimiento efectuado por medios fehacientes distintos, como a través de telegrama, e incluso, mediante burofax* (STS de 17 de julio de 2009 [...]) [sentencia de la que damos cuenta en esta misma nota, en (2)], en lo que se ha considerado como una *interpretación extensiva* de aquel precepto, más conforme a la realidad social (artículo 3.1 CC y [...])./ En idéntico

que pueda hacerse mediante demanda de resolución (o reconvencción). Para el caso del que conoció, el Tribunal Supremo estima

sentido se han pronunciado también parte de las audiencias provinciales [...], aunque existen otros ejemplos en los que las audiencias provinciales han seguido el criterio tradicional contrario a la admisión de formas distintas de las expresamente previstas en la Ley [...]./ *Llegados a este punto, razones ligadas con la especial protección que otorga el CC a las transmisiones de bienes inmuebles, que se traducen, por ejemplo, en la subsistencia de especiales solemnidades (artículos 1280.1.º CC y 633 CC), unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un presupuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, aconsejan a esta Sala, reunida en Pleno, mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad –el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho– que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial» [FD 3.º, A); cursiva nuestra].*

(2) Los hechos de la mentada STS, 1.ª, 17.07.2009 son: se celebraron contratos de compraventa de apartamentos cuyo pago se fraccionó en tres pagos, pactándose cláusula resolutoria expresa por la falta de entrega de alguna de las cantidades pactadas; los compradores no pagaron la segunda parte del precio y los vendedores remitieron a los compradores telegramas en los que se les comunicaba la resolución de la relación de compraventa; los compradores remitieron, al día siguiente y mediante conducto notarial, que no aceptaban la resolución; los compradores demandaron el cumplimiento del contrato, lo que se estimó en primera y segunda instancia; el vendedor recurre en casación (v. FD 1.º). En el FD 2.º, 2.ª: «[...] El texto legal [del art. 1504 CC] se refiere al requerimiento judicial o notarial, pero esta Sala entiende, como ha hecho otras veces [...] en aplicación al caso de la realidad social que impone el artículo 3.1 del Código Civil para la interpretación de las leyes [...], que el requerimiento puede ser por medios distintos fehacientes, como es el telegrama o el burofax, lo que no es más que una interpretación extensiva de aquel precepto».

Comentado esta sentencia, en su día PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (2010) señaló: «Pues bien, podríamos considerar que la exigencia de que el requerimiento se practique en forma notarial o judicial encuentra su justificación en la necesidad de dotar de fehaciencia a la voluntad resolutoria del comprador, sirviendo, a su vez, para justificar la efectiva recepción de la misma por el comprador. En tal caso, es cierto que en la actualidad, tanto el telegrama como el burofax cumplen convenientemente con dichas funciones. En este sentido, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo podría entenderse justificada./ No obstante, también puede considerarse justificada la interpretación literal del precepto entendiéndose que, de entre las variadas formas de notificación fehaciente de la voluntad resolutoria, habrán de entenderse válidas para dicha finalidad las enumeradas en el precepto y no otras. El hecho de que en la actualidad sean posibles otras formas de notificación fehacientes no excluye la posibilidad de que el vendedor deba utilizar las indicadas en el precepto y, hasta tanto en cuanto no se produzca una modificación legislativa, sean esas y no otras las únicas válidas a dichos efectos./ Este último planteamiento podría justificarse desde una respuesta adecuada a la pregunta relativa si la realidad social demanda una interpretación extensiva de esta norma en los términos propuestos por el Supremo. Es evidente que la admisión de otras formas diferentes de notificación fehaciente debería considerarse adecuada; en este punto coincido con la sentencia que comento, puesto que en la actualidad existen medios que pueden cumplir la misma finalidad; sin embargo, resulta difícil encontrar argumentos que justifiquen una interpretación extensiva de la norma en este caso, puesto que tanto la notificación judicial como la notarial son medios de notificación perfectamente asequibles a cualquiera, en las actuales condiciones sociales./ *Sería más adecuado que sea el propio legislador el que determine la validez de cualquier otro medio de comunicación fehaciente de la voluntad resolutoria*» [cursiva nuestra; CCJC (2010) pp. 1427-1428, v. desde p. 1426, v. pp. 1420-1421; la autora también comenta en CCJC (2012) la STS, 1.ª, de Pleno, 04.07.2011, y en este otro comentario nos recuerda su comentario sobre la STS, 1.ª, 17.07.2009, v. pp. 299-300, 303-304].

que el vendedor ejerció el remedio de la resolución a través de su demanda de resolución.⁸⁵

Ya en 2004, San Miguel Pradera había manifestado su opinión favorable a considerar que con la demanda de resolución en juicio declarativo se cumplía la forma judicial del artículo 1504 CC⁸⁶. Comentando la anterior STS, 1.^a, de Pleno, 04.07.2011, Pérez de Ontiveros Baquero (2012) señala: «Quizá la única duda que surge al analizar la doctrina expuesta estaría en el hecho de que su admisión puede desdibujar la especificidad de la resolución de la venta inmobiliaria en estos casos, frente al régimen general resolutorio de las obligaciones con prestaciones recíprocas contenido en el artículo 1504 del Código Civil. En este sentido, es habitual señalar que uno de los elementos que determinan la aludida especialidad se encuentra en el hecho de que mientras la acción *ex* artículo 1124 del Código Civil puede implicar por sí misma la resolución del contrato, siempre, claro está, que se acredite la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, la resolución de la compraventa inmobiliaria exige el previo requerimiento resolutorio. Con la doctrina que ha venido a establecer el Tribunal Supremo en la sentencia que comento, no sería necesario el mismo, al otorgar a la demanda por la que se ejercita la acción de resolución el valor de intimidación judicial, entendiéndola implícita en ella la notificación a los demandados de la voluntad resolutoria del vendedor, *ex* artículo 1504 del Código Civil./»⁸⁷. Por su parte, Ataz López (2013) señala que la «[...] nueva interpretación [de la STS, 1.^a, de Pleno, 04.07.2011] es, a mi modo de ver, más acorde con el genuino sentido del artículo 1504, pero si se mantiene, terminará por *subvertir* la afirmación –no discutida por el TS– de que el artículo 1504 es aplicable a cualquier compraventa de inmuebles, se haya o no incluido un pacto comisorio, porque, una vez desaparecido el requisito formal previo del requerimiento notarial para resolver ¿Qué quedará de específico en el artículo 1504? ¿Qué añadirá al 1124? Este en todo caso se seguirá aplicando, y, aunque se omita el requerimiento, la propia demanda resolutoria lo supliría./ La sentencia es, no obstante, muy reciente y

⁸⁵ «Así pues, ninguno de los requerimientos previos a la demanda puede reputarse válido y eficaz en orden a impedir el pago extemporáneo del comprador. Sin embargo, el motivo de casación debe ser estimado, *pues la Sala considera que, en tanto no se haya producido el pago del precio, debe reconocerse eficacia resolutoria a la demanda en que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento, como forma de interpelación doctrinal literalmente contemplada en el artículo 1504 CC, por lo que procede fijar la jurisprudencia en este sentido, rectificando con ello el criterio de las sentencias anteriores en las que se ha desechado esta posibilidad*» [FD 3.º, B); cursiva nuestra].

⁸⁶ SAN MIGUEL PRADERA: «Frente a esta afirmación jurisprudencial, consideramos que goza de mayor fundamento la opinión sostenida por algunos autores conforme a la cual no existe ningún inconveniente legal para considerar que cuando el vendedor presenta demanda en juicio declarativo solicitando al juez que declare la resolución y se dé traslado de la misma al comprador-demandado, cumple con ello la forma judicial establecida en el artículo 1504 CC. Como afirma Mullerat Balmaña, si el fundamento de dicho precepto es perseguir la seguridad en la resolución y que de forma solemne y clara se exprese la voluntad de no aceptar un pago posterior, el escrito de demanda debería admitirse como instrumento útil para la eficaz realización del requerimiento» [(2004) [628] pp. 496-497].

⁸⁷ El texto continúa: «Ello no obstaría al comprador a admitir la procedencia de la resolución planteada, allanándose a las pretensiones de la demanda» [PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *CCJC* (2012) pp. 305-306].

habrá que esperar para ver si la jurisprudencia se interna o no por esa senda»⁸⁸. Y poco antes de lo anterior, Ataz López indicaba: «A mi modo de ver, la referencia del requerimiento judicial tiene todo su sentido si se admite que el artículo 1504 sólo estaba pensado para ser aplicable en el caso del pacto comisorio [...]. En tal caso el sentido de la norma es obvio: el pacto comisorio no produce la resolución hasta que el vendedor opta expresamente por ella judicialmente (presentando una demanda) o extrajudicialmente (mediante acta notarial). Pero esta interpretación no es seguida por nadie»⁸⁹ [recuérdese lo que el autor nos indicó *supra* B.2)].

4.3.3.1 *El Proyecto de Código civil de 1851 y García Goyena. La tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de pago*

[31] Según el artículo 1433 del Proyecto de Código civil de 1851 (PCC 1851 en lo sucesivo), en la venta de inmueble en la que se haya estipulado que la falta de pago del precio en el tiempo fijado conlleva la resolución de pleno derecho, el comprador podrá seguir pagando *mientras no haya sido puesto en demora mediante un requerimiento*.

A) Artículo 1433 PCC 1851:

«Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aun después de espirar el término, *ínterin no haya sido puesto en demora por un requerimiento*; pero si este ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término» (cursiva nuestra)⁹⁰.

⁸⁸ ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) p. 10654. RODRÍGUEZ-ROSADO informa que la doctrina de la STS, 1.ª, de Pleno, 04.07.2011 «aparece reiterada en las de 2 de octubre y 12 de noviembre de 2012» [(2013) p. 197; v. también p. 198].

⁸⁹ ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) nota 35 en p. 10653.

⁹⁰ GARCÍA GOYENA: «1656 Frances, [...] / Esta estipulación es la llamada entre los Romanos *ley comisoría*, y de ella se trata en el título 3, libro 18 del Digesto, así como en la ley 38, título 5, Partida 5. Pero en ambos Derechos la venta se resolvía *ipso jure* no pagándose el precio al plazo ó tiempo convenido; es decir, que el vendedor quedaba en libertad de recobrar la cosa ó reclamar el pago del precio, aunque elegida una de las dos acciones no podía ya variar y recurrir á la otra, leyes 2 y 4, párrafos 2 y 4, leyes 3, y 7, título 3, libro 18 del Digesto, y la citada 38 de Partida» [«Comentario del artículo 1433 PCC 1851» (1852) p. 759].

D. 18.3: «Del pacto de Ley comisoría [...] / 2. POMPONIO; *comentarios á Sabino, libro XXXV*.—Cuando el vendedor de un fundo se hubiere expresado de ese modo en un pacto: “si no se hubiera pagado el precio hasta tal día, quede como no comprado el fundo”, se considera que se tiene como no comprado el fundo, en este caso, si el vendedor quisiera que quedase como no comprado, porque esto se habría expresado por causa del vendedor; porque si de otro modo se entendiera, quemada una casa de campo, estaría en el arbitrio del comprador, no dando el precio, hacer que quedase sin comprar el fundo, que hubiese estado á su riesgo; / 3. ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XXX*.—porque el pacto de la ley comisoría, que se añade en las ventas, lo utilizará el vendedor, si quisiera, no también contra su voluntad. / 4. [...] / § 2.—Discretamente escribe Papiniano en el libro tercero de las Respuestas, que inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoría, debe determinar el vendedor

El artículo 1007 PCC 1851 regula la constitución en mora del deudor para la obligación de entregar una cosa, y para las obligaciones recíprocas. *En su párrafo I* se ordena la *regla general* de la necesidad de requerir al deudor el cumplimiento para constituirlo en mora. Ello sentaba un importante cambio frente a la regulación de las Partidas, en las que se establecía la mora automática para las obligaciones a plazo o a término (P. 5.11.18⁹¹, P. 5.11.35⁹²; v. Gutiérrez

si quiere utilizar el pacto, ó más bien pedir el precio, y que si eligió el pacto de la ley comisoría, después no puede variar./ [...] § 4.–Duda Marcelo en el libro vigésimo, si el pacto de la ley comisoría tendrá lugar si el requerido no pagara, ó si no hubiere ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisoría; pero que si no tiene á quien ofrecerlo, puede estar seguro./ [...] § 7. HERMOGENIANO; *Epítome del Derecho, libro II*. Si después del día señalado para el pacto de la ley comisoría el vendedor pidiera el precio, se considerará que se renunció al pacto de la ley comisoría, y no puede variar y volver á éste» [trad. de García del Corral (1889) p. 911].

P. 5.5.38: «*Quáles posturas ó pleytos que facen el vendedor et el comprador entre sí son valederas.*/Postura ó pleyto que ponen entre sí el vendedor et aquel que compra la cosa dél, solo que non sea contra las leyes deste nuestro libro nin contra buenas costumbres, debe seer guardado. Otrosi decimos que si el vendedor et el comprador ponen pleyto entre sí, quel comprador pague el prescio á dia señalado, et si non lo pagare aquel dia que sea desfecha por ende la vëndida, que atal pleyto como este es valedero, et gana por ende el vendedor la señal ó la parte del prescio quel fue dada, si al plazo nol fue fecha la paga toda ó la mayor partida della, et desfácese la vëndida. Pero con todo eso en su escogencia es del vendedor de demandar todo el prescio, et facer que vala la vëndida ó de revocarla teniendo para sí la señal ó la parte del prescio, segunt que desuso es dicho, et despues que hobiera escogido una destas cosas sobredichas, non se puede despues repentir de manera que dexa aquella por haber la otra. Otrosi decimos que si el comprador hobiese rescibido algunos frutos de aquella cosa que asi hobiese comprado, que los debe tornar al vendedor, fueras ende si el que la vendió quisiere tornar la señal ó la parte del prescio que hobiese rescibido, ca entonce non debe haber los frutos; pero si el vendedor quisiere los frutos, tenuto es de dar al comprador las despensas que hobiese fechas en cogerlos. Otrosi decimos que si la vëndida se desfeciase, et la cosa fuese empeorada por culpa del comprador mientras que la él tovo, que es tenuto de mejorar al vendedor el empeoramiento».

⁹¹ P. 5.11.18: «*Cómo si se muere la cosa que un home promete de dar á otro, non es tenuto de la pechar.*/ Cosa señalada prometiendo un home de dar á otro á dia cierto, si la cosa se moriese enante del dia de su muerte natural sin su culpa dél, non es tenuto de la pechar nin de dar ninguna cosa por razon de ella: mas si se moriese despues del dia en que debie seer dada, entonce serie tenuto de pechar la estimacion de la cosa. Et si quando cosa señalada prometiese alguno á dar, non dixiese ciertamente en qual dia gela darie, si despues deso gela pediese el otro á quien fué prometida, et no gela quisiese dar podiéndolo facer, decimos que si se moriese la cosa despues deso de su muerte natural, que es tenuto de la pechar; pero si se moriese enante que el otro gela demandase, entonce no serie tenuto el que la prometió de darle ninguna cosa por ella».

⁹² P. 5.11.35: «*Qué pena meresce el que prometió de dar ó de facer alguna cosa á dia cierto, et non la dio nin la fizo.*/ So cierta pena et á dia cierto prometiendo un home á otro de dar ó de facer alguna cosa, si aquel dia non hobiese dado ó fecho lo que prometió, tenuto es de pechar la pena, ó de dar ó de facer lo que prometió, qual mas quisiere aquel que rescibió la promisión, et non se puede excusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo hobiese demandado. Otrosi decimos que si aquel que fizo la promision non señaló dia cierto en que la debiese cumplir, et despues deso el otro le demandase en tiempo convenible et en logar guisado que compliese aquello que habie prometido, et non lo quisiese cumplir podiéndolo facer, ó seyendo tanto tiempo pasado en que lo podiera cumplir si quisiese, que dalli adelante serie tenuto de pechar la pena. Otrosi decimos que haciendo algunt home promision de dar ó de facer á otro alguna cosa, non señalando dia cierto á que lo debiese cumplir, nin obligándose á pena ninguna, que si tanto tiempo dexase pasar el que ficiese tal prometimiento como este en que lo podiera bien cumplir si quisiese, et fincó por su negligencia que lo non quiso facer, que de allí adelante quel puede demandar lo quel fue prometido con todos los daños et

Fernández⁹³). *En el párrafo II se excepciona* la regla del requerimiento al cumplimiento: 1.º cuando las partes así lo hubieran establecido de modo expreso; 2.º cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resultare que la época en que había de entregarse la cosa fue motivo determinante para celebrarlo por parte de quien había de recibirla. *En el párrafo III se dispone* que ningún contratante incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir lo que le corresponde. Y *en el párrafo IV se prescribe* que cuando hay mora por parte de ambos contratantes, la que perjudica es la posterior.

A) Artículo 1007 PCC 1851:

«Para que el obligado á entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1.º Cuando en el contrato se haya estipulado espresamente que el solo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requerimiento.

2.º Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, fué un motivo determinante, por parte del que había de recibirla, para celebrarlo. [Para la explicación de esta regla por García Goyena, *infra* [181] A), y para el equivalente art. 1100. II.2.º CC, *infra* [178] y ss.].

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligacion que le es respectiva.⁹⁴

los menoscabos que resebió por razon que nol cumplió aquello quel habie prometido. Pero si el que fizo la promision quisiese luego comenzar á facer ó á cumplir lo que habie prometido, enante que non respondiese al otro en juicio, debel ser cabido; et si lo compliere, entoce no será tenuto de pechar los daños nin los menoscabos que desuso deximos».

⁹³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «Diferir el cumplimiento de una obligación es constituirse en mora, cuyo resultado para el deudor puede ser en algún caso la rescisión, é indefectiblemente la de abonar daños y perjuicios. / ¿Y cuándo un deudor se constituye en mora? Por derecho romano y patrio en las obligaciones á plazo ó día cierto, el simple vencimiento de este basta para caer en mora [...] (Ley 12, tít. XXXVIII, lib. VIII, Cod.): con cuya ley concuerda la 35, tít. XI, P. 5.º *So cierta pena, é á día señalado prometiendo un ome á otro de dar ó facer alguna cosa, si aquel día no lo hubiere hecho, tenuto es de pechar la pena, ó de dar lo que prometió. E non se puede escusar, maguer el otro nunca gelo oviese demandado.* / En otras obligaciones era necesario que el acreedor le interpele ó requiera. [...] (Ley XXXII, tít. I, lib. XXII, Dig.). La referida Ley de Partida condena igualmente al deudor en la pena, *si non señaló día cierto é el otro le demandase en tiempo convenible é en lugar guisado*» [cursiva del autor; (1869) pp. 53-54].

⁹⁴ GARCÍA GOYENA: «*En las obligaciones recíprocas*. El artículo 1097 de la Luisiana dice: “En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones”. / El que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente constituirle en mora; [...]» [«Comentario del artículo 1007 PCC» (1852) p. 540; cursiva del original].

Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior». ⁹⁵

[32] *En su comentario del artículo 1007 PCC 1851*, García Goyena señalaba que «[h]asta el número 1 [del art. 1007 PCC 1851] inclusive es el artículo 1139 Frances» ⁹⁶. Recuerda la distinta regla que *para las obligaciones a plazo* se disponía en el Derecho romano y en el Patrio –que era la de la mora automática–. Y resalta la adopción, en el artículo 1007 PCC 1851, de la regla francesa *de la necesidad del requerimiento en las obligaciones a plazo*, regla con la que se muestra crítico. ⁹⁷ El autor preveía que *la estipulación en la que se dispusiera la no necesidad del requerimiento en las obligaciones a plazo* (art. 1007. II.1.º PCC 1851) «será general y formularia». ⁹⁸

⁹⁵ GARCÍA GOYENA: «*Perjudica la posterior*. Lo mas comun y frecuente es que la mora esté por parte del deudor; mas puede tambien haberla por parte del acreedor./ Cuando tal suceda, la cosa queda à riesgo del acreedor, leyes 91, párrafo 3, título 1, libro 45, y 72, título 3, libro 46 del Digesto; pero el deudor habrá de practicar lo espuesto en el párrafo anterior./ Puede haberla por parte de los dos; y entonces *posterior nocet*, ley 17, título 6, libro 18 del Digesto, hablando de la mora del vendedor y del comprador; y la citada 91, porque el deudor puede enmendar ó purgar la mora, *postea offerendo*, y esta es cuestión de *bono et aequo*; leyes 27, título 5, y 35, título 11, Partida 5» [«Comentario del artículo 1007 PCC» (1852) pp. 540-541].

⁹⁶ GARCÍA GOYENA, «Comentario el artículo 1007 PCC 1851» (1852) p. 539. Vigente artículo 1139 *Code civil*: «Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent [L. n.º 91-650, 9 juill. 1991] telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention lorsque'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure».

⁹⁷ Sobre la regla *dies interpellat pro homine*, ANDREU MARTÍNEZ (2003) pp. 148-153.

⁹⁸ GARCÍA GOYENA: «Por Derecho Romano y Patrio, en las obligaciones à plazo ó dia cierto, el simple vencimiento de este bastaba para constituir al deudor en mora: *dies interpellat, citra ullam admonitionem*, ley 12, título 38, libro 8 del Código, y leyes 18 y 35, título 11, Partida 5./ En las otras obligaciones era necesario que el acreedor interpelase ó requiriese; *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*; ley 127, título 1, libro 43 y 32, título 1, libro 22 del Digesto. *Si interpellatus opportunum loco non solvet*: “si pidiendogela, non gela quisiesse dar, pudiendo fazer; si le demandasse en tiempo convenible, é en lugar guisado;” la misma ley 18 y 35./ *Debe mediar requerimiento*: aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó dia cierto para el pago de la cantidad ó entrega de la cosa: asi se dice con mas espresión en el número 1./ Se ve, pues, que habemos adoptado la disposición del Código Frances contraria al Derecho Romano y Patrio; y yo confieso con franqueza que los motivos de esta disposición, espuestos en los discursos 59 y 62 franceses, no me satisfacen, al paso que tengo por de mas peso los de la citada ley 12 del Código. *Cum ea, quae promissit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere*. El plazo ó dia cierto no suspende la obligacion, sino el pago ó entrega; para esto se pone, y por esto solo dio á entender claramente el acreedor que quería ser pagado cuando se venciese el plazo, ó llegase el dia sin necesidad de interpelacion judicial: el deudor no puede alegar ignorancia. [...] *Número 1*. La voluntad de las partes es la primera ley de los contratos en todo lo permitido en derecho; y bastará que conste de aquella aunque no se usen las palabras materiales de este número. Pero preveo desde luego que esta estipulación vendrá á ser general y formularia en todas las obligaciones à plazo, dia cierto, y sin embargo habrá de surtir sus efectos./ [...]» [GARCÍA GOYENA, «Comentario del artículo 1007 PCC 1851» (1852) pp. 539-540].

Sobre la forma del requerimiento al cumplimiento, comparando el artículo 1007 PCC 1851 con la regulación del artículo 1139 CC francés, GARCÍA GOYENA: «*Requerimiento. ¿Ha de ser judicial?* En Derecho Romano y Patrio no era necesario que así fuese según las leyes arriba citadas y otras: el artículo Frances dice: “par une sommation, ou par autre acte equi-

[33] *Sobre el «requerimiento» del artículo 1433 PCC 1851*, García Goyena indicaba que «[e]n Derecho Romano y Patrio el día ó plazo vencido *interpellabat*, hacia las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros habemos establecido *lo contrario* en el artículo 1007 y *lo aplicamos al caso de este artículo* [1433 PCC 1851]: pero si además concurriere la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1007 [la de que se hubiera estipulado expresamente que el solo vencimiento del plazo produce la mora sin necesidad de requerimiento], se observará lo dispuesto en el mismo [cursiva nuestra]./Y ya que por incidencia ó de paso se hace aquí mención del *pacto ó ley comisorio* como condición resolutoria, entiendo que por conforme á equidad y á los principios generales de Derecho, debe guardarse lo dispuesto en el Romano y Patrio sobre que el vendedor pueda pedir la resolución de la venta ó el pago del precio *quia id venditoris causa cavetur* y el comprador deba restituir la cosa con los frutos y accesorios y resarcir el daño que haya ocasionado en ella, *quia fidem fejellit*; pero, si hubiera pagado parte del precio, habrán de compensarse proporcionalmente los frutos con los intereses./ La condición resolutoria espresa no debe ser menos favorecida que la implícita del artículo 1042 [equivalente al art. 1124 CC]»⁹⁹.

[34] Ya en la regulación del Código civil, quienes entienden que *el requerimiento del artículo 1504 CC es de pago*, conectan el mismo con la constitución en mora al deudor. De acuerdo con la regla general del artículo 1100.I CC¹⁰⁰, la mora del deudor requiere la intimación al pago –incluso para las obligaciones a plazo– *determinándose desde entonces el incumplimiento del deudor. Es esa la construcción diseñada en el Código civil: la de que al requerir el*

valent;” [téngase en cuenta que se refería a la redacción originaria del art. 1139 *Code civil* (Código de Napoleón); el artículo se reformó en 1991, *supra* nota 96] y como no determina cuáles sean los actos equivalentes al mandato ó intimación judicial para el pago ó entrega, se han suscitado dudas; aunque todos convienen en que basta la citación a juicio de conciliación./ Nosotros debemos prevenir dudas; y no se previenen con la simple y vaga palabra *requerimiento*, aunque el Diccionario la define *acto judicial, etc.* La Comisión para prevenirlas opinó que el requerimiento hubiese de constar por escrito, público ó privado./ Pero ¿y si no puede hacerse el requerimiento por estar ausente el deudor, é ignorarse su paradero? Este caso se halla previsto respecto de la interpelación en las leyes 23, título 1, y 2, título 2, libro 22 del Digesto: *protestatio loco petitionis est, ubi petitio fieri non potest.*/ La Comisión opinó que, si el ausente tiene domicilio, haya de hacerse la intimación en él por escribano dejándole cédula: no teniéndolo, se proteste ante escribano y testigos» [las cursivas del autor; *op. cit.*, pp. 539-540].

⁹⁹ GARCÍA GOYENA, «Comentario del artículo 1433 PCC 1851» (1852) pp. 759-760.

¹⁰⁰ Distinta regla en el artículo 63 CCO: «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º *En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.* 2.º En los que no lo tenga, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla».

pago se fija el incumplimiento del deudor. Esta tesis la defienden los siguientes autores y como sigue.

[35] *Scaevola*.—Al poco de la vigencia del Código civil (en 1906), señalaba la relación existente entre los artículos 1504 y 1100 CC en lo que se refiere al requerimiento al comprador.

Decía: «[...]. Pero aquí [art. 1504 CC], aparte de lo relativo á la resolución de pleno derecho, *donde se ha querido que, á pesar de lo dispuesto en el artículo 1100, se necesite en todo caso la intimación al deudor*, se comprende perfectamente la modificación que resulta hecha [en el art. 1504 CC para con el art. 1656 *Code civil*; nota 63] con sólo recordar que, á tenor del artículo 1124, el comprador [*sic*; vendedor] tiene derecho, por el incumplimiento de la obligación del pago, á reclamar la rescisión del contrato de compra. El legislador ha podido y debido decirse: *No basta que haya un término señalado y que éste haya vencido, sino que se necesita, además, para declarar incumplido el contrato, que se haya incurrido en responsabilidad por el deudor. Nadie se retrasa, legalmente, sino cuando incurre en mora por habersele requerido judicial ó extrajudicialmente al pago; hasta aquel instante, se supone existir la benevolencia del acreedor, su tácita aquiescencia. No debe, pues, haber lugar á la resolución sino cuando el comprador haya sido requerido; este es el momento en que se produce su responsabilidad, en que vence legalmente el término, con arreglo al artículo 1100, y en que nace el derecho del vendedor á optar por la resolución ó por el cumplimiento del contrato*» (cursiva nuestra)¹⁰¹.

Scaevola, además, entendía que el requerimiento del artículo 1504 CC no podía suprimirse por estipulación contractual (recuérdese la opinión contraria que para el art. 1007 PCC 1851 defendía García Goyena; *supra* [32])¹⁰².

[36] *Magariños Blanco*.—Ya en 1992, este autor —que también defendió que el requerimiento del art. 1504 CC es de pago, conectándolo con la mora del deudor— nos ofrece, con extrema minuciosidad, una cascada de argumentos de apoyo.

Entre otros, indica (argumento 2.º): «[d]esde el punto de vista sistemático, es la interpretación que mejor encaja en nuestro sistema, y

¹⁰¹ SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1504 CC» (1906) pp. 732-733; v. también pp. 736-737.

¹⁰² SCAEVOLA: «Queda todavía otro punto discutible. Dado los términos del artículo 1504, los contratantes ¿podrán estipular que la resolución tendrá lugar de pleno derecho por la falta de pago, sin necesidad del requerimiento judicial ó extrajudicial de que habla el precepto?/ Entendemos que no se puede llegar á tanto. *El artículo 1504 es precisamente una limitación del pacto de los contratantes, en obediencia á los principios jurídicos de orden superior que definen la responsabilidad por mora*. La estipulación particular no puede atentar en el presente caso contra estos principios sin desnaturalizar el pensamiento del legislador» [cursiva nuestra; «Comentario del artículo 1504 CC» (1906) p. 735].

*concretamente con el artículo 1100 del Código civil, pues ya García Goyena al justificar el artículo 1433 (actual 1504) del proyecto de 1851 señaló que se había abandonado el principio *dies interpellat* para seguir el general establecido por la mora./ El artículo 1100 del Código Civil establece un principio básico cual es el de la intimación para constituir en mora, salvo que en la obligación se diga lo contrario (ya hemos visto cómo del pacto comisorio no puede deducirse dicha excepción). Por el contrario, el artículo 1504 excepciona el artículo 1100.1.º en el sentido de que no se puede eliminar por pacto la intimación. Y como he detectado repetidas veces, la norma del artículo 1504 es de orden público; y sin que sea de aplicación el artículo 1100, último párrafo, aunque se trate de obligaciones recíprocas, tanto porque al no ser de cumplimiento simultáneo dicho precepto no tendría encaje, como porque en todo caso prevalecería la norma imperativa del artículo 1504.» (cursiva nuestra; mayúscula del autor)¹⁰³.*

El autor también indica (argumento 9.º): «[...] *el requerimiento no es más que la verificación del incumplimiento que, a su vez, es el factor determinante de la resolución y se cohonesta con la doctrina seguida por el Código Civil sobre la mora: el impago (incumplimiento del comprador) hay que constatarlo y reclamarlo (art. 1100 CC) [...]»* (cursiva nuestra).¹⁰⁴

¹⁰³ MAGARIÑOS BLANCO, *RCDI* (1992) p. 135.

¹⁰⁴ MAGARIÑOS BLANCO, *RDCI* (1992) p. 140. Esa aludida cascada de argumentos del autor: «Para un análisis más claro del problema conviene, sin embargo, distinguir aquí dos aspectos diferentes: 1) El de la intimación para la mora y si es necesaria o no en el caso del artículo 1504 para resolver el contrato; 2) Y la notificación de resolución, que en principio nada tiene que ver con la mora, pues es, sencillamente, la declaración de ejercitar la facultad resolutoria./ Hecha esta aclaración, cabe plantear las siguientes posibilidades:/ 1) [...]./ 2) [...]./ 3) Entender que el requerimiento del artículo 1504 es sencillamente *un requerimiento de pago y una intimación para la mora*, la cual no podrá excluirse al amparo del artículo 1100.1.º, pues precisamente el artículo 1504 trata de abortar dicho pacto y tiene, [...], una clara consideración de principio básico y de orden público./ Esta tesis es, a mi juicio, la más razonable y tiene a su favor los siguientes argumentos: 1.º La interpretación literal del artículo 1504, cuya terminología es clara, habla justamente de “requerimiento”. Y el concepto requerimiento tiene un significado muy concreto desde el punto de vista notarial, desde el que se configura técnicamente como la comunicación de alguna petición frente a la notificación que es una comunicación escueta. Además, la proximidad del verbo “pagar” a la palabra “requerimiento” sugiere la idea de que se trata de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado./ 2.º [Argumento transcrito en el cuerpo del texto, en [36]/ 3.º La opinión de MANRESA [...], sólo a primera vista resulta convincente. [...]. Y ello no es exacto a mi juicio, pues lo que verdaderamente dice el artículo 1504 es que el comprador podrá pagar mientras no haya sido requerido de pago, pero en modo alguno que no pueda pagar como consecuencia del propio requerimiento, que será, por otra parte, lo más normal. Lo único que prohíbe el artículo 1504 es que el Juez conceda nuevo plazo./ 4.º Los autores que sostienen que el requerimiento *ex artículo 1504* es una notificación, se apoyan en el argumento antes referido de MANRESA, y en la letra del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que sustituyó la palabra requerimiento por notificación, y, [...]. Sin embargo, no parecen muy convenidos de su tesis. Y así, ROCA SASTRE manifiesta que [...]./ Y RODRÍGUEZ ADRADOS, después de afirmar [...]. Y ROCA añade [...]./ Son curiosas y dignas de meditación estas matizaciones que los autores hacen, que denotan la preferencia en el fondo por la consideración de que el requerimiento es o debiera ser un requerimiento de pago por razones éticas; pero rechazan tal interpretación, pues se haría

[37] *Rovira Jaén.*—Tiene en su haber varios trabajos sobre el pacto comisorio. Hemos consultado algunos. Y así, en su monografía *El pacto resolutorio en la venta de inmuebles (Su razón histórica)* (1996) afirma: (1) «[e]l impago del precio no es la condición directa de la resolución, sino el presupuesto para la mora solvendi, que se formaliza mediante el requerimiento de pago al comprador»; (2) «[e]

evidente su contradicción teórica con la tesis que mantienen sobre el pacto comisorio (condición o derecho potestativo)./ Hasta tal punto ponderan su bondad que los autores consideran aconsejable y beneficioso el pacto requerimiento-notificación en virtud del cual se establece que si el comprador no paga en el plazo añadido en el requerimiento, se tendrá por resuelto el contrato. El llamado pacto de ampliación de plazo, que la mayoría de la doctrina acepta como válido./ Por otra parte, el término notificación empleado por una norma reglamentaria como la del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar el funcionamiento sustantivo del pacto comisorio, en el que, [...], es pieza básica el requerimiento de pago. Lo mismo que no podrá con la Ley 486 de la Compilación navarra, [...]. Por tanto, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario habrá que interpretarlo de manera que no altere la regulación sustantiva de la cláusula resolutoria, como tendría que hacerse sin objeción cuando se trate de ejercitar dicha cláusula referida a una compraventa de inmueble sujeta al Derecho civil de Navarra./ 5.º La Compilación navarra de manera clara, [...] dispone en la Ley 486 [...]./ Este precepto debe tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar el artículo 1504, pues es claro que la interpretación ha de hacerse tomando en consideración la plenitud del ordenamiento jurídico./ 6.º El Tribunal Supremo ha mantenido la tesis aceptada por la mayoría doctrinal de que el requerimiento es una notificación de resolución o, mejor, [...]./ Y también la Dirección General de los Registros [...]./ Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque parezca lo contrario, no se ha decantado de manera evidente y definitiva hacia el requerimiento notificación. [...]./ En otras sentencias reconoce el Tribunal Supremo el valor que tiene el requerimiento de pago y, marginando la discusión de si es notificación o requerimiento, afirmó que no cabe duda de que el requerimiento de pago *coadyuva* a valorar la conducta del comprador [...]./ El valor del requerimiento de pago para acreditar un retraso injustificado es indudable./ [...]./ De modo que de estas sentencias se puede colegir que si el requerimiento es de pago la objetivación puede alcanzar el máximo grado y la cláusula resolutoria mayor eficacia al acallar las posibles dudas sobre la falta de equidad que supondría una resolución mediante una mera notificación intempestiva./ Conviene recordar la declaración contenida en las Sentencias [...] rectificando la posición rígida en favor del requerimiento notificación en el sentido siguiente: [...], tiene declarado la Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible que impida concebir el requerimiento 1504 como acto jurídico complejo integrado en su fin principal por una declaración de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— en la que la finalidad última se condiciona o se subordina al cumplimiento de un acto: el pago por el deudor comprador./ 7.º La misma Resolución de 29 de diciembre de 1982 al impedir la reinscripción cuando el comprador se opone, está reconociendo que no se trata de una simple notificación, [...]./ 8.º Además una interpretación del precepto acorde con la realidad social del tiempo en que la norma es aplicable (art. 3.1 CC) nos conduce a la consideración de que el requerimiento es precisamente lo que el mismo término empleado por el artículo 1504 significa, ya que así entendido se logra el mayor equilibrio en la ecuación que supone la protección de intereses del comprador y vendedor, así como el fortalecimiento del crédito y la seguridad de las transacciones, respetando una aplicación humanizada y ética del Derecho./ Lo que no excluye la necesidad de notificar la resolución, por virtud de la cual el vendedor decide optar por el ejercicio de la facultad resolutoria. Pero dicha notificación puede ir implícita o embebida en el mismo requerimiento por razones de economía procedimental, como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia./ 9.ª Por último, es la interpretación que más se aviene con la tesis que aquí he defendido acerca de la configuración del pacto comisorio como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica, pues así entendido [...] [se indica aquí lo transcrito en el cuerpo del texto] y con la naturaleza propia del requerimiento, que permite al comprador, congruentemente, contestar justificando el impago, sin que quepa a mi juicio otra forma de oponerse a la resolución. [...]» [*op cit.* pp. 132-140; de interés hasta p. 142].

requerimiento del artículo 1504 Cc. es una intimación al pago [...] que va dirigida a *poner fin a la purga de la mora*, que el artículo 1504 [...], concede al comprador, sobrepasando el plazo fijado para el pago, y a *constituir en mora al comprador si se han cumplido los presupuestos legales al efecto*»; (3) «[e]l requerimiento de pago se deriva de relacionar el artículo 1504 Cc. con la doctrina de la mora del deudor que recoge el artículo 1100 Cc.»; (4) «[e]n el Proyecto de 1882 se recoge la exigencia del requerimiento de pago, en su artículo 1533, pero sufre una amputación al suprimir la frase “puesto en demora por un requerimiento”, del Proyecto anterior, y sustituirla por esta otra, “ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial”, y con esta última redacción se transcribe en el artículo 1504 Cc.» (cursivas nuestras)¹⁰⁵.

A) Artículo 1531 del Anteproyecto de Código civil Libros III y IV (1885-1888):

«En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta del pago del precio en el tiempo convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no

¹⁰⁵ ROVIRA JAÉN entiende el funcionamiento del artículo 1504 CC del modo siguiente: «De acuerdo con la construcción de la condición resolutoria de nuestro ordenamiento jurídico, que se ha expuesto con anterioridad, el proceso resolutorio se desarrolla en dos fases, que no se deben confundir: la primera es el impago, y éste es la condición de la segunda, que es el ejercicio del poder resolutorio./ [Se inserta aquí la transcripción (1) del cuerpo del texto]./ La resolución de la venta se produce por el ejercicio del poder resolutorio por parte del vendedor, que se formaliza mediante la notificación resolutoria./ [...] a) *El requerimiento del artículo 1504 Cc.*/ Tiene las siguientes características:/ – Es un requerimiento de pago./ Es decir, es una intimación dirigida por el vendedor al comprador para que realice el pago, y éste pueda hacerlo dentro del plazo fijado en el contrato o dentro de los dos días laborables que admite el Reglamento Notarial, y si el comprador no paga, se le notifica, de manera subsidiaria, la decisión de resolver la compra, de poner en marcha el poder resolutorio./ [...] / El requerimiento del artículo 1504 Cc. es una intimación al pago que se realiza mediante una declaración de voluntad no negocial [...] y que va dirigida a poner fin a la purga de la mora, que el artículo 1504, siguiendo la tradición francesa de sus canonistas, y autores de “droit coutumier”, concede al comprador, sobrepasando el plazo fijado para el pago, y a constituir en mora al comprador si se han cumplido los presupuestos legales al efecto. Por esta razón y en su consecuencia, se impide al juez que pueda conceder nuevo plazo, porque iría contra la finalidad del requerimiento de pago, que es constituir en mora al comprador./ [...] / [Se inserta aquí la transcripción (3) del cuerpo del texto]./ [...] / [Se inserta aquí la transcripción (4) del cuerpo del texto]./ [...] b) *La notificación resolutoria*/ Una vez agotada la primera fase del proceso resolutorio mediante la constitución en mora del comprador, sin haber formulado ninguna oposición, queda expedita la segunda fase del proceso resolutorio que tiene lugar mediante el ejercicio del poder resolutorio por parte del vendedor. De acuerdo con la configuración de la condición resolutoria expresa, por la que se atribuye al vendedor el poder de resolver la venta de manera unilateral, sin necesidad de exigir la colaboración del comprador, basta que el ejercicio de este poder resolutorio se realice mediante una declaración de voluntad del vendedor de poner en vigor la resolución pactada en la cláusula, quedando resuelta de pleno derecho la venta [...], y retransmitiéndose la propiedad de la finca al vendedor entendiéndose realizada la tradición [...]. La formalización adecuada es el acta de notificación al comprador, como exige el artículo 59 RH para conseguir la reinscripción de la finca al vendedor» [(1996) pp. 253-258].

haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término. (1433 Proy., 1656 francés, 2541 Luisiana, 3033 mej.).»¹⁰⁶

Rovira Jaén había manifestado las anteriores ideas en su extenso artículo «El pacto de “Lex Commissoria” en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno” publicado en el *Anuario de Derecho Civil* en 1993¹⁰⁷. Y antes (en 1967) había señalado su opinión favorable a entender que en el artículo 1504 CC –precepto que regula *el aspecto civil* del pacto comisorio– se recoge un requerimiento de pago, acreditándose con él el hecho negativo del impago del comprador¹⁰⁸.

[38] *Moll de Alba Lacuve*.—También relaciona los artículos 1504 y 1100 CC. La autora manifiesta (en 1999): «En nuestra opinión el *requerimiento* del 1504 C.c. corresponde a la *intimación* del art. 1100 C.c. *Mediante el requerimiento el vendedor constituye en mora al comprador que faltó en el pago del precio una vez vencido el término. El retraso material se convierte entonces en retraso jurídico que, en su momento, podrá considerarse verdadero incumplimiento. Esta concepción pone en relación dos instituciones fundamentales: la mora y el incumplimiento./ El requerimiento más que un requisito para la resolución, es un requisito para que exista verdadero y propio incumplimiento.* El requerimiento no es un mero requisito adicional para obtener la resolución, *sino el elemento que configura el incumplimiento*» (excepto la cursiva de la primera frase del texto transcrito, el resto es nuestra)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ LASSO GAITE (1970) p. 702.

¹⁰⁷ ROVIRA JAÉN, *ADC* (1993) pp. 1267-1269; v. también pp. 1229-1231, 1232, 1243, 1270.

¹⁰⁸ ROVIRA JAÉN: «A nuestro parecer, existen dos cosas: un requerimiento y una notificación. El *requerimiento* lo expresa correctamente el artículo 1504 del Código civil para acreditar el hecho negativo del incumplimiento de pago y que es imprescindible para que entre en juego la resolución; [...]. Por otra parte, se precisa una *notificación* al comprador de la voluntad del vendedor de resolver la venta, como lo exige el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, y es la que sirve de base para practicar la inscripción a favor del vendedor. Por esto, entendemos que la expresión “requerimiento” del artículo 1504 del Código civil está correctamente empleada, puesto que refleja el aspecto civil del problema, acreditar el hecho del impago, ya que la expresión “notificación” del artículo 59 del Reglamento Hipotecario refleja el aspecto registral de la voluntad del vendedor de resolver, que sirve de base a la inscripción a su favor. Ambas son precisas» [cursiva del autor; *RCDI* (1967) p. 1677, v. desde p. 1676; v. también p. 1688].

¹⁰⁹ MOLL DE ALBA LACUVE continúa: «No es el requerimiento el que provoca la resolución sino el incumplimiento de la obligación, incumplimiento que, en el caso de las compraventas inmobiliarias, ha de comprobarse mediante el requerimiento. [...] En definitiva el requerimiento es un *prius* respecto al incumplimiento y no sencillamente un *posterius*. Podría decirse, por lo tanto, que NO HAY INCUMPLIMIENTO SIN REQUERIMIENTO y que, por otra parte, NO HAY RESOLUCIÓN SIN INCUMPLIMIENTO» [(1999) pp. 65-66; mayúsculas del original]; «El *iter* resolutorio nace con el **incumplimiento** de la obligación de pago del precio. Así lo entendía el derecho romano y así ha llegado a nuestro derecho. La exigencia del requerimiento a partir del *Code Napoléon* de 1804 no varía el fundamento de la resolución. El requerimiento permite verificar el hecho del incumplimiento./ [...] * **La naturaleza jurídica del requerimiento.**/ Se trata de una intimación al pago que permite

Y en 2006 indica: «Las especialidades más relevantes [del art. 1504 CC] son la posibilidad del comprador de pagar una vez vencido el término, *junto con la exigencia al vendedor de un requerimiento formal para la constitución en mora al comprador*» (cursiva nuestra)¹¹⁰.

[39] *Rodríguez-Rosado y su propuesta de generalizar la Nachfrist y la resolución teniendo en cuenta al artículo 1504 CC.*— Recientemente (en 2013), este autor defiende que el requerimiento del artículo 1504 CC es de pago. Ahora bien, *conocedor* de la tesis de que *la finalidad* del requerimiento es *para poner en mora al deudor* (art. 1100 CC), su enfoque en el análisis es el de relacionarlo con la *Nachfrist* y la resolución: *precisamente la perspectiva jurídica que nos interesa en nuestro trabajo*.

Según Rodríguez-Rosado, entender el requerimiento del artículo 1504 CC como de pago «*[m]antiene plena actualidad técnica*, pues insta un mecanismo de “plazo adicional” que, como se dirá al final del capítulo quinto, es el que postula la mejor doctrina» (cursiva nuestra)¹¹¹. En dicho capítulo, el autor se manifiesta partidario de «*abandonar el alambicado concepto de incumplimiento esencial*, con sus difíciles contornos, y dar paso a un sistema que permita dotar de máxima claridad al concepto de incumplimiento resolutorio» (cursiva nuestra)¹¹². Y *ese «sistema que precise los perfiles del incumplimiento resolutorio y la vez integre la resolu-*

constituir en mora al comprador conforme al art. 1100.1 C.c. No es un negocio jurídico, en su sentido técnico de declaración privada de voluntad de la que se derivan efectos *ex voluntate* (como sostienen los defensores de la teoría del requerimiento-notificación) sino, utilizando la terminología de ENNECERUS, un “*acto de derecho*” o un “*acto semejante al negocio jurídico*”» [op. cit. pp. 90-91, negrita y mayúsculas del original; en las pp. 79-89, MOLL DE ALBA LACUVE desarrolla los argumentos que apoyan su interpretación del requerimiento del art. 1504 CC; y en las pp. 94-97, plantea cuál es el plazo en el que el comprador ha de pagar al vendedor tras el requerimiento de pago].

¹¹⁰ MOLL DE ALBA LACUVE (2006) p. 437, v. p. 438.

¹¹¹ RODRÍGUEZ-ROSADO: «A mi juicio, de las tres interpretaciones expuestas, es la primera —la que concibe el requerimiento como una intimación al pago— la que responde realmente al texto y sentido de la norma. A su favor militan los antecedentes históricos, y en concreto su precedente en el Proyecto de 1851, el art. 1433, de parecida redacción, pero que hablaba de “*interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento*”, aludiendo por tanto a que el requerimiento colocaba en mora, pero no impedía el pago [artículo transcrito *supra* [31] A)]. Es la que casa mejor con el texto del artículo 1504, que habla de “*requerimiento*” y no de “*notificación*”. [Aquí se inserta lo transcrito en el cuerpo del texto]. Y es sin duda alguna la más conforme con la finalidad del precepto, que siempre se ha entendido que pretendía dar una ventaja al comprador, compensándola a su vez con la negativa a concederle más plazo: entendido el requerimiento como “*requerimiento resolutorio*”, y no existiendo en el contrato pacto expreso de cláusula resolutoria, no se sabe qué ventaja concede el 1504 respecto a la norma general del 1124; más bien puede decirse que supone un perjuicio al comprador, pues la norma del 1504 sólo servirá en ese caso para privarle de la posibilidad de solicitar más plazo, sin darle ventaja alguna, salvo quizá la mínima de no admitir la resolución extrajudicial de la otra parte si no se ejercita por vía notarial» [(2013) pp. 197-198, v. también p. 201].

¹¹² RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) p. 229.

ción dentro del resto de remedios y extienda su empleo, *no puede ser otro, mientras mejor alternativa no se proponga, que el de plazo adicional*, a favor del cual se han alzado ya pluralidad de voces en nuestra doctrina» (cursiva nuestra)¹¹³.

Pero además de lo anterior, Rodríguez-Rosado defiende que *ya mismo, con los datos presentes en nuestro ordenamiento –entre ellos, el art. 1504 CC– se progrese en la aplicación de la Nachfrist y la resolución*.

Con sus palabras: «En la medida que *nuestro Tribunal Supremo actuase con decisión y aprovechase su propia jurisprudencia y los elementos que ofrece nuestro ordenamiento*, no sería siquiera necesario proceder a un cambio legislativo –siempre de inciertas consecuencias– para alcanzar ese modelo. En efecto, existen ya algunas Sentencias que apuntan la idea del plazo adicional como mecanismo para operar la resolución¹¹⁴. Y también hay algunos apoyos legislativos sobre los que basar ese sistema, siempre que se empleen con inteligencia. Así, el párrafo tercero del 1124 del Código Civil, para el que Díez-Picazo ha postulado una interpretación teleológica en ese sentido, ya que esta norma, al declarar que “el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo”, contiene en germen la idea de conceder una última oportunidad al obligado cuando su incumplimiento no es definitivo¹¹⁵. Y con más claridad aun, el art. 1504, referido a un ámbito particular pero de enorme importancia, la resolución por impago del precio en la compraventa, donde basta con que la norma vuelva a interpretarse conforme a su sentido originario, es decir, estableciendo un requerimiento dirigido al pago y no a la resolución, para que se vea que el artícu-

¹¹³ RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) p. 230. De los ordenamientos que recogen la *Nachfrist* y la resolución, RODRÍGUEZ-ROSADO es partidario de aquéllos que «lo colocan como pieza central del sistema, como hace el BGB y –aunque con menor claridad– la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión General de codificación, que sólo prescinden de él cuando existe incumplimiento definitivo –imposibilidad, término esencial, negativa al cumplimiento–» (*op. cit.* p. 230). «Es clara mi preferencia por el primer modelo, por la mayor objetivación que entraña del concepto de incumplimiento resolutorio» (*op. cit.* p. 230). «El primer modelo, en síntesis, permitiría resolver al contratante que no reciba la prestación vencida tras la fijación de un plazo. Se excepcionarían solamente aquellos casos en que no tenga sentido alguno exigir el transcurso de ese plazo adicional: básicamente, denegación definitiva de la prestación, imposibilidad –incluyendo el término esencial absoluto– y término esencial relativo. En los casos de prestación defectuosa o parcial, tal vez sea adecuado, como ha hecho el BGB, exigir para la resolución que el defecto sea de alguna relevancia o que la prestación parcial resulte carente de interés, remitiendo en otro caso a la reducción del precio o a otro remedio. Además, ha de aceptarse la resolución en caso de incumplimiento anticipado por negativa e imposibilidad, sin necesidad de plazo alguno» (*op. cit.* p. 231).

¹¹⁴ Señala las SSTs de 19.05.2005 y 19.05.2008 [RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) nota 72 en p. 231]. De interés la STS, 1.ª, 23.07.2007, *supra* [14].

¹¹⁵ Para la opinión de este autor, *infra* [48] A) y B).

lo contiene un sistema de plazo adicional. No deja, por cierto, de ser sorprendente que la jurisprudencia actual y la doctrina mayoritaria se empeñen en considerar la tesis que ve en el requerimiento del 1504 un requerimiento de resolución como más moderna y avanzada, sin darse cuenta de que con ello dan la espalda al eficaz sistema de plazo adicional que el Código Civil, tal vez sin ser plenamente consciente, recogió en este punto. *Si los citados apoyos se manejan adecuadamente, y otros puntos se interpretan en la misma línea –por ejemplo, consolidando la idea de que la resolución por retardo exige mora, como es más coherente con lo que aquí se propone–, una doctrina jurisprudencial progresiva y una buena práctica cautelar bien pueden trenzar un sistema resolutorio que tenga el plazo adicional como piedra angular»* (cursiva nuestra)¹¹⁶.

4.3.3.2 La tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de resolución

[40] Según esta tesis, el requerimiento consiste en que el vendedor notifique al comprador incumplidor que *da (o tiene) por resuelta la relación de compraventa*. Es un «requerimiento» resolutorio. Obvio es que esta tesis no coordina bien con la *Nachfrist* y la resolución. Y a ello hay que añadir que es *la tesis mayoritaria*.

[41] *El artículo 59 RH.*—Entre sus argumentos de apoyo, se señala que dicho artículo dispone que «[...] para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente [...] se haga constar *la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta* y se acompañe el título del vendedor» (cfr. art. 11 LH; art. 37 LH)¹¹⁷.

[42] *Algunos de los autores defensores de esta tesis, con particular mención de la argumentación de Manresa y Navarro*—Entre otros, la han defendido Irurzun Goicoa (1965)¹¹⁸, Rodríguez Adra-

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 231-232.

¹¹⁷ V. la crítica de MAGARIÑOS BLANCO al apoyo del artículo 59 RH (argumento 4.º; *supra* nota 104). Sobre el cambio que el artículo 10 LH de 1944 supuso frente al anterior artículo 10 LH de 1909 en la constancia/mención del precio en el Registro de la Propiedad y sus efectos sobre terceros (arts. 38.2.º, 37.1.º LH de 1909) y el artículo 11 LH de 1946, v. ROVIRA JAÉN, *RCDI* (1967) pp. 1675-1676.

¹¹⁸ IRURZUN GOICOA: «Manresa. Dentro de la misma línea, habla ya de una condición doble y conjunta, puesto que “conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago en el comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor”. Pero añade que el requerimiento tiene, además, otra significación que no se puede olvidar: “Es la declaración de voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica e indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución de la venta”. Ocioso es añadir que suscribimos esta última afirmación, pero se nos antoja no muy congruente con la primera parte de su pensamiento» [(1965) p. 25]; «Nuestra teoría, si puede llamarse así, resulta claramente de todo lo que llevamos dicho, y su misma sencillez nos asusta y hace dudar de que sea acertada./ El artículo 1504 no viene sino a impedir que la resolución nazca por el ciego

dos (1968)¹¹⁹ y Mullerat Balmaña (1971)¹²⁰. Suele destacarse el relevante papel que Manresa y Navarro desempeñó en su construcción. Su pensamiento y argumentación constituyó, en su día, un importante punto de inflexión¹²¹ (recuérdese que Scaevola consi-

mecanismo de la condición realizada al cumplirse el evento del impago del precio, supuesto que las partes lo hayan pactado, es decir, supuesto que quieran que la resolución tenga lugar de “pleno derecho”. Y exige el *requerimiento* para que la resolución se produzca. El llamado requerimiento no es, conforme antes veíamos, más que el ejercicio por parte del acreedor insatisfecho de su poder de resolución» (*op. cit.* p. 26); «Por su parte, el artículo 59 del Reglamento hipotecario que antes hemos citado establece que [...]. Claramente se ve que no es el hecho del incumplimiento la fuente directa de la resolución y que ésta arranca de la declaración unilateral del vendedor que con ella ejercita el poder de resolución que le compete» (*op. cit.* pp. 26-27).

¹¹⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS: «El artículo 1504 del Código civil nada dice expresamente, pero la proximidad del verbo “pagar” a la palabra “requerimiento” sugiere la idea de que trata [*sic*] de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado el precepto; fue MANRESA el que señaló la contradicción que ello suponía y al mismo tiempo indicó la manera de salvar la dicción del Código: [...] / [...] / En nuestro Derecho de ninguna manera puede defenderse actualmente la teoría del requerimiento de pago; se trata de una pura notificación, pero sin que las consecuencias lógicas de esta construcción puedan aplicarse en todo su rigor, sino con la mesura que en Francia hemos visto exponer a BRAUDY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT; creemos con JOAQUÍN SAPENA que, por razones de equidad, el principio de conservación del contrato y el “favor debitoris”, debiera admitirse el pago al comprador en el momento mismo del requerimiento, e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar, en general, a todo requerimiento, que no es un término de gracia, que es lo que el artículo 1504 impide, sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente en el momento de la práctica de la diligencia con el presente, y, en cierto modo, con el requirente, que ha podido meditar y asesorarse todo lo que quiso antes de proceder al requerimiento» [*RCDI* (1968) pp. 70, 74-75; *cf.* también pp. 80, 97].

¹²⁰ MULLERAT BALMAÑA: «Por nuestra parte, intentaremos una definición descriptiva de este requerimiento diciendo que se trata de una declaración de voluntad del vendedor de cosa inmueble dirigida al comprador en forma judicial o notarial realizada una vez expirado el plazo previsto para el pago del precio, por el que le manifiesta que ha decidido optar por la resolución de la venta y le intima a que se allane a tal resolución y a que se abstenga a poner obstáculos a la misma» [cursiva del original; *ADC* (1971) p. 505; v. pp. 503-510].

¹²¹ Entre otros, lo destacan:

(1) RODRÍGUEZ ADRADOS, en argumento 4.º, y v. argumento 3.º (*supra* nota 104).

(2) MAGARIÑOS BLANCO: «GARCÍA GOYENA afirmó que era una simple aplicación del principio establecido para la mora de exigir la intimación y que en el Derecho romano y patrio el día o plazo vencido *interpellabat* hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el artículo 1007 (equivalente al actual art. 1100) y lo aplicamos al caso de este artículo. / Y la doctrina así lo vino entendiendo hasta que MANRESA, con argumentación que ha tenido fortuna, sostuvo lo siguiente: [...] / A partir de entonces la doctrina aceptó sin más discusión la tesis del requerimiento notificación. Y también el Tribunal Supremo» [*RCDI* (1992) p. 131].

(3) ROVIRA JAÉN: «La doctrina española a la publicación del Código civil recoge el derecho romano (“*dies interpellat*”) matizado por el derecho francés (purgar la mora mientras no se realiza la “*sommation*”). El requerimiento del artículo 1504 Cc. es de pago para constituir en mora al comprador, y está relacionado con el artículo 1100 Cc. Quizás, la supresión de la frase del Proyecto de 1851 “puesto en demora por un requerimiento”, por la sincopada del artículo 1504 “*interin* no haya sido requerido”, se debiera a estimar una redundancia requerir de pago y constituir en *mora debitoris*. / Pero sufre un giro radical a partir de MANRESA, quien afirmó claramente que el requerimiento del artículo 1504 Cc. no es tal intimación al pago, sino una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, y que se dirige al comprador para que se allane y no ponga obstáculos a la resolución. Decía “lo paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para fundar en ese requerimiento una eficacia negativa de la aceptación del precio” [...] / Las pautas marcadas por MANRESA son seguidas por la generalidad de la doctrina. Algunos autores estiman que

deraba al requerimiento del art. 1504 CC como de pago; *cfr.* art. 1433 PCC 1851; *supra* [35]).

En su comentario al artículo 1504 CC (en 1905), Manresa y Navarro señalaba que ante el no pago del comprador, el vendedor puede ejercitar la acción de cumplimiento o la resolutoria y para

la interpretación del artículo 1504 se debe realizar a través de la doctrina italiana (NATOLI, MOSCO, BARBERO...) llegando a señalar “la identidad sustancial del artículo 1504 con la cláusula resolutoria expresa del artículo 1456 del Código italiano”, olvidando que en Italia no existe ningún precepto similar a nuestro artículo 1504 o al 1656 del Code français. Todos coinciden en que no es un requerimiento de pago sino una voluntad de resolver» [(1996) pp. 250-251; ROVIRA JAÉN cita entre los defensores de la tesis del requerimiento (notificación) de resolución a Buenaventura Camy Sánchez Cañete, Martínez Sarrión, Rodríguez Adrados, Irurzun, Badenes Gasset, Mullerat Balmaña, Sabater, Roca Sastre, *op. cit.* p. 251; v. también *op. cit.* p. 258]. V. de ROVIRA JAÉN, *ADC* (1993) pp. 1265-1267.

Artículo 1456 *Codice civile* 1942: «Clausola risolutiva espressa.—I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite./ In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva».

(4) MOLL DE ALBA LACUVE: «Es MANRESA el artífice de esta construcción doctrinal que ha hecho fortuna en nuestro país» [(1999) p. 68]; «La influencia de este razonamiento [de Manresa: v. la nota siguiente] en la doctrina española ha sido extraordinaria. La inmensa mayoría de autores han adoptado la tesis del requerimiento como notificación basándose en la argumentación de MANRESA» [(1999) p. 69; en nota 99 en p. 69, la autora cita «A título de ejemplo» a Martínez Sarrión, Badenes Gasset, Irurzun, Mullerat Balmaña, Sabater, Roca Sastre, García Cantero, Jordana Fraga, Baleriola Lucas, Molina García, Beltran de Heredia]; «La fórmula que utilizó la STS de 3 de julio de 1917 para referirse al requerimiento se ha convertido en un “leitmotiv” jurisprudencial: / “Intimación concreta a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla”./ Es abrumadora la cantidad de sentencias del Tribunal Supremo que, transcribiendo casi literalmente las palabras de MANRESA, consideran al requerimiento como una notificación obstativa al pago» (*op. cit.* p. 70). MOLL apunta la posible causa de la tesis defendida por MANRESA Y NAVARRO: «[...] / Sin embargo esta concepción [la del requerimiento del art. 1504 CC como intimación al pago] fue prácticamente “desterrada” en nuestro país desde que aparecieron los Comentarios al Código Civil de MANRESA. Como se apuntó en páginas anteriores, el célebre comentarista defendió una innovadora tesis que rompía tanto con el derecho patrio anterior al Proyecto de 1851 como con el planteamiento adoptado por este último. Según sus palabras, es necesario un requerimiento (no se aplica el adagio romano “*dies interpellat pro hominem*”) pero éste no es de pago sino al contrario “*obstativo del pago*” y su naturaleza es la de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución» / La teoría del requerimiento de pago mantenida por GARCÍA GOYENA provenía del derecho francés. El art. 1656 del *Code Napoléon* de 1804, antecedente del art. 1433 del Proyecto de 1851 así como del 1504 del vigente Código civil, regula la resolución de la compraventa de bienes inmuebles. / [...] / El *Code*, al igual que el Proyecto de García Goyena, ponía de manifiesto en su propio articulado la íntima relación existente entre el requerimiento (*sommation*) y la constitución en mora (*mise en demeure*). En un principio, los comentaristas del *Code* consideraron que la “*sommation*” del art. 1656 era una aplicación del principio del art. 1139 relativo a la “*mora debitoris*” y por lo tanto un requerimiento de pago. / La posibilidad de pago y la consiguiente enervación de la resolución fue afirmada por Pothier, con anterioridad a la publicación del *Code*. El gran jurisconsulto francés del siglo XVIII consideraba que el pago era posible hasta que se dictara la sentencia de resolución. / Sin embargo pese a sostener la teoría del requerimiento de pago, algunos exégetas del *Code* no admitieron su consecuencia lógica: la posibilidad de pago posterior al requerimiento. Por ello seguramente otros autores decidieron entender la “*sommation*”, no ya como un requerimiento de pago, sino como una manifestación de voluntad de resolver la venta. Probablemente es esta última tendencia doctrinal francesa la que inspiró a MANRESA a la hora de establecer su teoría de la notificación. / [...]» [*op. cit.* pp. 86-87].

V. IRURZUN GOICOA *supra* nota 118, y (1965) p. 26; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) p. 196.

esta última acción, el vendedor precisa mostrar ostensiblemente su propósito de resolver y, hecho su requerimiento, el comprador ya no tiene derecho a pagar el precio. De ahí –nos dice Manresa y Navarro– «lo anómalo y paradójico que resulta el requerir de pago á una persona *precisamente* para impedirle que pague y para poder fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio./ Esta sencilla reflexión entendemos que es más que suficiente para comprender que en el art. 1504 no se trata de un requerimiento de pago ó para el pago, sino más bien de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, ó si se quiere, para mejor armonizar el espíritu con la letra del Código, de un requerimiento que el vendedor hace al comprador para que se allane á resolver la obligación y á no poner obstáculos a este modo contractual de extinción» (cursiva del autor)¹²².

4.3.3.3 *El acogimiento por el Tribunal Supremo de la tesis del requerimiento del artículo 1504 CC como uno de resolución*

[43] De modo constante, el Tribunal Supremo ha considerado que el requerimiento del artículo 1504 CC es de resolución. Este es un dato relevante¹²³.

¹²² MANRESA Y NAVARRO, «Comentario del artículo 1504 CC» (1905) pp. 264-265. «La falta de pago del precio en el tiempo convenido no es, en rigor, como á primera vista pudiera pensarse, el hecho negativo que determina el cumplimiento de la condición, fondo sustancial del pacto comisorio, puesto que ese hecho por sí solo no produce todos los efectos que las partes se propusieron. Tal hecho ha de ir acompañado del requerimiento; de suerte que, en realidad, la condición es doble y conjunta, puesto que conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago en el comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor./ El requerimiento tiene además otra significación que no se puede olvidar. Es la declaración de voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica é indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución de la venta. Llegado el caso de la falta de pago del comprador, el vendedor tiene dos acciones que ejercitar: una para pedir el cumplimiento del contrato, otra para solicitar su resolución. Para lo primero no necesita realizar el acto previo del requerimiento, le basta con demandar ante los tribunales su derecho; para lo segundo, preciso es que de un modo ostensible muestre su propósito de resolver la obligación./ He aquí por qué, una vez hecho el requerimiento, el comprador no tiene ya derecho de pagar el precio. El Código lo dice bien claro al afirmar que el comprador podrá pagar, aun después de espirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente ó por acta notarial; de donde se desprende que después de requerido no le asiste igual derecho, y la razón es obvia, pues si se estipuló, naturalmente en interés del vendedor, que la falta de pago del precio en el plazo convenido dará lugar de pleno derecho á la resolución de la venta, el que esta resolución se efectúe y el que no se admita un pago tardío que la contradice, no implica más que un perfecto acatamiento á lo estipulado, que es ley del contrato./ El Código, en el artículo que comentamos, alude á un requerimiento: ya lo hemos visto. Pero cabe preguntar: ¿requerimiento á qué ó para qué? ¿Es que se trata quizás de un requerimiento de pago? La lectura del art. 1504 deja esa impresión; pero apenas formada en el ánimo del que lee, surge la consideración de [...] [aquí se inserta el texto transcrito en el cuerpo del texto]» (*op. cit.*, pp. 263-264).

¹²³ V. la información que PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO facilita sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo [(2001) pp. 99-108], quien concluye: «Como dije, en el estu-

Buen ejemplo de ello es la mentada STS, 1.^a, de Pleno, 04.07.2011 [*supra* [30] D)]. En ella se lee: «*Resolución de la compraventa de inmuebles: artículo 1504 CC (cursiva del original)/ A*) Esta Sala ha declarado [STS (...)] *que la especialidad que establece el artículo 1504 CC, en relación a [sic; la] general facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) –[...]–, es solo para el caso de resolución por falta de pago del precio en la compraventa de inmuebles [SSTS (...)] y consiste en que el deudor debe haber sido requerido judicial o notarialmente, mediante acta [STS (...)] para que no pueda hacer uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo y hacer inviable la resolución instada de contrario. Este requerimiento es una declaración de carácter recepticio [STS (...)], consistente en la notificación de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato por incumplimiento del comprador del pago del precio [STS (...)]. Se ha venido considerando como un acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad a la que la Ley añade determinadas consecuencias en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio de unos plazos. Precisamente tal carácter recepticio impone que el citado requerimiento llegue a poder y conocimiento del requerido, si bien es cierto también que se entiende cumplido este requisito cuando es el propio comprador requerido quien, recibido el requerimiento, voluntariamente no toma conocimiento de su contenido» [cursivas nuestras; FD 3.º, A)].*

4.3.3.4 *Las posibilidades: (1) de la estipulación de un pacto comisorio subordinado al previo requerimiento de pago del precio; y (2) de que unilateralmente el vendedor dé al comprador un plazo para el pago del precio antes de resolver*

[44] Incluso entendiendo el requerimiento del artículo 1504 CC como de resolución, ello no excluye la posibilidad de que el

dio jurisprudencial realizado sólo hemos encontrado una sentencia, entre las más recientes, en la que parece exigirse la necesidad de que la resolución deba ser precedida de un requerimiento de pago al comprador. Se trata de la STS de 20 de marzo de 1992 [...]. En ella, nuestro Tribunal Supremo dice expresamente que: “A diferencia de lo que acontece en el art. 1124, en el art. 1504 para que se produzca la resolución contractual por falta de pago del precio se precisa que además de haberse estipulado haya expirado el plazo establecido, así como que el moroso hubiere sido requerido judicial o notarialmente de pago, toda vez que en tanto dicho requerimiento no se hiciera, el deudor podrá abonar la deuda”. Sin embargo, pese a tales manifestaciones, en el supuesto de hecho que le sirve de causa, la parte vendedora había requerido al comprador comunicándole la resolución del contrato de venta, por lo que la Sala de Casación la entiende correctamente practicada» (*op. cit.* p. 99; cursiva del original). V. CLEMENTE MEORO (2009) pp. 49-50, en particular la nota 73, y pp. 57-58 [cuyas palabras se han transcrito *supra* nota 83 (1)] y notas 82, 83 y 84.

vendedor y el comprador redactaren su pacto comisorio *subordinándolo (condicionándolo) a que el vendedor exija en primer lugar el pago del precio* (arts. 1255, 1091 CC) antes de poder resolver. También se admite que, habiéndose estipulado el pacto comisorio sin condicionarlo a lo anterior, el vendedor *unilateralmente* dé al comprador un *nuevo* plazo para el pago, indicándole que si no lo realiza tendrá lugar la resolución (acto jurídico complejo).¹²⁴ En todo lo anterior puede reconocerse la *Nachfrist* y la resolución.

A) Hechas *todas* las antecedentes consideraciones sobre el artículo 1504 CC, es oportuno recordar estas palabras de Carrasco Perera (en 2010):

«*Plazo suplementario* [negrita en el original]. Nuestro Derecho legislado y judicial no ha erigido como requisito para que el incumplimiento del deudor se considere esencial que el acreedor haya dado al deudor un plazo suplementario para cumplir con la advertencia de que pasado este nuevo plazo la obligación se entenderá resuelta por un incumplimiento sustancial, cuando hubiera vencido el plazo originario sin atenderse la deuda. Tampoco ha exigido nunca que el deudor haya sido constituido en mora antes de que el acreedor resuelva el contrato. En la práctica, sin embargo, la cuestión no ha sido excesivamente problemática. Dadas las incertidumbres sobre lo que ha de considerarse en cada caso un incumplimiento sustancial, la conducta ordinaria del acreedor es conceder al deudor un plazo nuevo y definitivo de pago. Ello se hace incluso en las ventas inmobiliarias sujetas al art. 1504 CC, donde el vendedor asegura normalmente su pretensión mediante la concesión de un plazo suplementario de pago, anudando a su transcurso infructuoso el efecto resolutorio, sin necesidad de nuevo requerimiento. La cautela tiene sentido especial si el incumplimiento consiste en la no entrega o en el impago del precio o en la inacción del deudor, pues es precisamente el retraso en el cumplimiento la hipótesis es [*sic*, en] que resulta más dudoso que el mero incumplimiento resulte sustancial. En general, debe valorarse como esencial (resolutorio) el incumplimiento de la obligación de entrega o de la obligación de pago, que sigue a la concesión de un nuevo plazo *de duración razonable* que el acreedor concedió con la advertencia de que el retraso nuevo será definitivo. Al acreedor no le es exigible seguir esperando, y un nuevo incumplimiento revelará que el deudor no quiere o no puede definitivamente cumplir. [...]. Con todo,

¹²⁴ Ideas habituales entre los estudiosos del artículo 1504 CC. Por ejemplo, MAGARIÑOS BLANCO: «[...] , puesto que hoy el pacto añadido de requerimiento de pago, previo a la notificación, es admitido por la generalidad de la doctrina, que considera la moratoria que dicho pacto implica como racional, moral y humana./ La mayoría considera normal que se pacte el requerimiento previo anterior al de resolución, pues el artículo 1504 no prohíbe esta modalidad y sólo impide al Juez que sea él quien conceda nuevo plazo» [(1992) pp. 132-133; v. también pp. 136-137 (*supra* nota 104) p. 141]. *Anteriormente*, MARTÍNEZ-SARRIÓN, RDP (1964) pp. 187-190. *Con posterioridad*, SAN MIGUEL PRADERA (2004) [561]-[567] pp. 447-453; ATAZ LÓPEZ, «Comentario del artículo 1504 CC» (2013) p. 10652; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) p. 199; VAQUERO PINTO (2013) p. 1658. V. *supra* [24].

las soluciones nunca son definitivas, pues sigue existiendo una diferencia fundamental según que el deudor pague después del transcurso del nuevo plazo o no pague antes de que el acreedor resuelva el contrato. En estos casos, la *ponderación de las circunstancias* sigue siendo decisiva. [...]» (cursivas del original)¹²⁵.

4.4 La cláusula resolutoria expresa por el no pago de la renta y el artículo 27.4 LAU

[45] Según el mismo¹²⁶, para el arrendamiento de vivienda¹²⁷ inscrito en el Registro de la Propiedad¹²⁸ y en el que el arrendador y el arrendatario hubieren estipulado que la resolución de la relación arrendaticia tendrá lugar por el no pago de la renta¹²⁹ con

¹²⁵ CARRASCO PERERA (2010) núm. 28 pp. 1133-1135. El texto continúa: «Decisivo es si a pesar de todo el acreedor es alguien que necesitaba el dinero con fines de reinversión (típico caso de la compraventa mercantil) o si es un rentista o un consumidor para el cual la recepción de una cantidad de dinero en plazo sigue sin ser una incumbencia esencial, un sujeto que *todavía puede esperar*. Es igualmente decisivo si, aun después de emitir el requerimiento y agotado el plazo suplementario, el acreedor negocia o sigue negociando el cumplimiento con el deudor. [...]» (cursivas del original; *op. cit.*, núm. 28, pp. 1135-1136).

¹²⁶ Incorporado a la LAU por la *Ley 4/2013, 04.06, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*; BOE núm. 134, de 05.05.2014

¹²⁷ Artículo 2 LAU; *cf.* artículos 4, 1 y 2, 6 LAU. GUILARTE GUTIÉRREZ considera aplicable el artículo 27.4 LAU también a los arrendamientos *para uso distinto del de vivienda* (e inscrito en el Registro de la Propiedad): «[...]», se limita la utilización de este «ventajoso» trámite respecto de aquellos arrendamientos que consten inscritos en el registro, lo sean de vivienda o de uso distinto a vivienda pues la aplicación a estos del nuevo procedimiento parece debe venir propiciada por el artículo 35 de la LAU, ante la identidad de razón, aunque no se diga expresamente» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) pp. 717-718].

¹²⁸ Artículo 2.5.º LH. RAGEL SÁNCHEZ destaca la aplicación del artículo 27.4 LAU sólo al arrendamiento urbano «inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que creemos que no cabría aplicarlo a los arrendamientos no inscritos, incluso en el supuesto en que una cláusula contractual previera esa resolución extrajudicial» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. p. 939; v. también p. 949]. En el mismo sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ: «Dada la naturaleza de la norma [art. 27.4 LAU], de contenido claramente procesal, parece claro que las prerrogativas que concede lo son tan solo para quienes inscriban sin que pueda accederse a esta solución a través de pacto» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 718].

¹²⁹ Según RAGEL SÁNCHEZ, el artículo 27.4 LAU *solo se aplica* a la falta de cumplimiento de la obligación de pago de la renta; considera que *no puede* «utilizar[se] este mecanismo [del art. 27.4 LAU] por la falta de pago de “las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario”, recogidas en el artículo 27.2, letra a) de la LAU», «tampoco se aplicará a todos los restantes supuestos de incumplimiento de las obligaciones del inquilino previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 27 de la LAU» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. pp. 940-941]. Discrepa GUILARTE GUTIÉRREZ: «[...]». A efectos resolutorios el legislador trata exactamente igual en el citado artículo 27.2 el impago de la renta “o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario”. Ha de tenerse en cuenta que el requerimiento que analizamos lo es, [...], “de pago”, precisamente para evitar el efecto resolutorio de pleno derecho que el artículo 27.2 también se anuda a estas otras cantidades. Sería un efecto sistemáticamente perverso el efectuar este requerimiento de pago y que, como respuesta, el inquilino abonara tan solo las cantidades debidas en concepto de renta, determinando su archivo, de forma que el arrendador tuviera que iniciar a continuación un procedimiento de desahucio por el resto de sumas adeudadas donde, de nuevo, el arrendatario podría enervar el efecto resolutorio mediante el pago de estas cantidades *ex* artículo 440.3 LEC. Este último pre-

la inmediata restitución del inmueble arrendado, «la resolución tendrá lugar de pleno derecho *una vez* [que] el arrendador *haya requerido* judicial o notarialmente al arrendatario¹³⁰ [...], *instándole al pago o cumplimiento*, y este *no haya contestado* al requerimiento en los diez días hábiles siguientes *o conteste aceptando* la resolución de pleno derecho, [...]

» (cursiva nuestra).

A) Artículo 27.4 LAU:

«Tratándose de arrendamientos de finca urbana inscritos en el Registro de la Propiedad, *si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quedará resuelto por falta de pago de la renta y que deberá en tal caso restituirse inmediatamente el inmueble al arrendador*¹³¹, *la resolución tendrá lugar de pleno derecho una vez el arrendador haya requerido judicial o notarialmente al arrendatario en el domicilio designado al efecto en la inscripción*¹³², *instándole al pago o cumplimiento*, y *éste no haya contes-*

cepto [...] específicamente habla de que el desahucio se puede fundar no solo en el impago de la renta sino en la “falta de pago de cantidades debidas” que a todos los efectos resolutorios han de tener el mismo tratamiento» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 719]. Pero GUILARTE GUTIÉRREZ considera que no es posible utilizar el artículo 27.4 LAU «para otras obligaciones pecuniarias más alejadas de la idea de renta, no contenidas en el artículo 27.2 [...]. Entre ellas, por ejemplo, el impago de la fianza. Tampoco debe valer para resolver el contrato, en los arrendamientos que contengan un pacto *ad meliorandum* [...], el supuesto en que el inquilino, como sustitutivo del pago, no asuma los costos de acometer las obras a las que se comprometió» (*op. cit.* p. 719).

¹³⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ no es favorable de la inclusión en el artículo 27.4 LAU del requerimiento judicial: «En términos cuya alternatividad considero criticable, el requerimiento puede hacerse bien judicial o bien notarialmente. El que se haya mantenido la posibilidad de hacerlo judicialmente es totalmente absurda a la vista del nuevo artículo 440.3, con el que se solapa, y donde se actúa asimismo el oportuno requerimiento de pago, si bien previa demanda, pero con una eficacia muy superior ya que a origen se fija incluso la fecha de lanzamiento. [...] / En cuanto al requerimiento notarial deberá sujetarse a su legislación específica y contener asimismo los apercibimientos que la regla establece. [...]» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 720].

¹³¹ Sobre la redacción de la cláusula contractual a efectos del artículo 27.4.I LAU, RAGEL SÁNCHEZ indica: «A pesar de que la interpretación literal del precepto lleve a pensar que se exige la existencia de una cláusula que prevea la resolución automática en caso de impago, el artículo 27.4 de la LAU también será aplicable cuando la cláusula, en lugar de estipular la resolución automática por impago, se limite a reproducir el precepto que estamos comentando, [...]. Lo importante es que exista una cláusula que prevea la aplicación del mecanismo resolutorio extrajudicial del artículo 27.4 de la LAU» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. p. 940]. Distinta opinión es la de GUILARTE GUTIÉRREZ: «Es en todo caso evidente que lo que cualifica el pacto [...] es, al igual que ocurre en el artículo 693.3 de la LEC (también en el artículo 129 LH [...]) la voluntad manifestada por ambas partes de poder utilizarse este procedimiento privilegiado y no la mera mención de que el impago tenga efecto resolutorio. Esta última mención es absolutamente superflua pues viene impuesta normativamente por el n.º 2 de este artículo 27 que sanciona idéntica “resolución de pleno derecho”, sin necesidad de que medie requerimiento alguno, ante el impago de la renta. / En este sentido parece claro que si algún arrendador tiene la desafortunada ocurrencia de incluir este pacto –más bien la de querer utilizar este procedimiento ante el impago– lo hará transcribiendo literalmente en el contrato su contenido para evitar de esta manera la previa duda o disputa acerca de si lo pactado amparaba o *sic* su utilización» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 718].

¹³² Sobre que el requerimiento se haga en el domicilio designado en la inscripción, según el artículo 27.4 LAU, RAGEL SÁNCHEZ: «[...] creemos que lo decisivo es que ese

*tado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes, o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento*¹³³.

El título aportado al procedimiento registral, junto con la copia del acta de requerimiento, de la que resulte la notificación y que no se haya contestado por el requerido de pago o que se haya contestado aceptando la resolución de pleno derecho, será título suficiente para practicar la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad¹³⁴.

Si hubiera cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento¹³⁵, será además preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el domicilio que obre en el Registro, y acreditar la consignación a su favor

requerimiento llegue al conocimiento efectivo del arrendatario; [...], producido ese conocimiento efectivo, será irrelevante que haya sido notificado en el domicilio designado en la inscripción o en cualquier otro. La mención del domicilio designado en la inscripción tiene la única finalidad práctica y probatoria de dar por realizada la comunicación si se hace en ese lugar, aunque se demuestre que el arrendatario no llegó a conocerla efectivamente. La comunicación llevada a cabo en el domicilio designado en la inscripción se tiene por efectuado siempre. Se presume *iuris et de iure* que esa comunicación ha sido conocida por el arrendatario y no hay que entrar en averiguar si fue o no efectivamente conocida por él. Por el contrario, cuando la comunicación se efectúa en un domicilio diferente al designado en la inscripción, el arrendador deberá probar que dicha comunicación fue efectivamente recibida por el arrendatario» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. p. 942]. GUILARTE GUTIÉRREZ: «[...]», tal y como especifica la norma, el requerimiento de pago debe hacerse en el lugar designado que ha de reflejarse en la inscripción del contrato: mención necesaria para que pueda utilizarse este procedimiento y que normalmente será la vivienda o local arrendados. Caso de no hallarse en ellos el arrendatario habrá de estarse a la legislación procesal o notarial para entender cumplida dicha exigencia que, alternativamente, podrá entenderse bien realizada en otro domicilio si efectivamente es encontrado allí personalmente el arrendatario. La coordinación de esta exigencia con el contenido del nuevo artículo 4.6 determina que el requerimiento judicial o notarial pueda hacerse a tal dirección electrónica si se asegura su fehaciencia y contenido [...]» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 720].

¹³³ Valorando al artículo 27.4 LAU, RAGEL SÁNCHEZ: «[...]», los arrendadores podrán estar interesados en la inscripción pues, entre otros beneficios, eso les facilitará instar la resolución extrajudicial del contrato. Sin embargo, el inquilino podrá evitar la aplicación del artículo 27.4 de la LAU por un procedimiento sencillo y gratuito, contestando al requerimiento y negándose a la resolución. Como la ley no exige que justifique su negativa, nos inclinamos a pensar que le bastará con manifestar que no acepta la resolución y de esa manera estará impidiendo que el artículo 27.4 de la LAU entre en juego. La intención del arrendador se habrá ido al traste con el simple “no” pronunciado por el inquilino» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. p. 950]. GUILARTE GUTIÉRREZ: «Como alternativa al normal silencio del incumplidor cabe la expresa aceptación de la resolución –hecho sin duda anómalo– o, finalmente, la oposición que no necesita de motivación alguna bastando la formal referencia a que se rechaza lo pretendido. Ello diluye toda la efectividad del pacto, de la inscripción y del propio sistema diseñado que, también por ello, resulta absurdo. Frente a profesionales del impago este procedimiento es sin duda sugestivo porque consigue duplicar el plazo para la desocupación así como el procedimiento para activarla con el consiguiente gasto que ahora va a asumir el arrendador a modo de compensación por el costo derivado de haber obligado al inquilino a sufragar la inscripción» [«Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 721].

¹³⁴ Para la cancelación del arrendamiento (art. 27.4.II LAU) RAGEL SÁNCHEZ destaca que «[a] estos únicos efectos de cancelación, consideramos que es esencial que la comunicación sea llevada a cabo por el juez o el notario» (*op. cit.* p. 942, v. hasta p. 943; v. también pp. 944-945).

¹³⁵ Sobre qué puede constituir una carga sobre el arrendamiento, RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. pp. 945-947.

ante el mismo notario, de la fianza prestada por el arrendatario» (cursiva nuestra).

[46] El artículo 27.4 LAU recuerda al pacto comisorio del artículo 1504 CC. En lo que interesa, el recuerdo es *mayor* si se defiende que el requerimiento del artículo 1504 CC es de pago, y es *menor* si se considera de resolución. La proximidad normativa y sus diferencias son apuntadas por Ragel Sánchez, y Guilarte Gutiérrez.

Según Ragel Sánchez: «El nuevo artículo 27.4 de la LAU, [...], introduce una suerte de resolución extrajudicial del arrendamiento urbano por falta de pago de la renta que nos recuerda mucho al supuesto de la resolución de la compraventa de inmuebles, recogido en el artículo 1504 CC. *Ambos preceptos coinciden en no admitir la resolución automática del contrato por el solo hecho de haberse producido el incumplimiento del comprador o del arrendatario, aunque dicha resolución hubiera sido prevista expresamente por las partes en el contrato suscrito, y, para conseguir ese efecto resolutorio, exigen que el vendedor o arrendador requiera fehacientemente al comprador o arrendatario.* Y aquí acaban las coincidencias» (cursiva nuestra)¹³⁶. «Sin embargo, el artículo 27.4 de la LAU incurre en una grave imprecisión, *pues omite la referencia al pago que puede realizar el arrendatario requerido.* Es sabido que, en la resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, el requerimiento que puede realizarse al amparo del artículo 1504 CC puede ser un requerimiento de pago, un requerimiento resolutorio y incluso [*sic*; e] un requerimiento de pago y requerimiento resolutorio para el caso de que el comprador no pague en el plazo que expresamente se señale. Pero *el artículo 27.4 de la LAU se refiere únicamente a uno de estos tipos de requerimiento al utilizar las palabras “instándole al pago o cumplimiento”.* Si se le requiere de pago, es consecuencia ineludible que el requerido pueda pagar dentro del plazo establecido y, de esta manera, estaría evitando que se produzca la resolución extrajudicial del arrendamiento urbano. Esta es una conclusión dictada por la lógica más elemental. Cuando el arrendador no colabora para que se produzca ese pago, porque le interesa más la resolución que el incumplimiento [*sic*; cumplimiento], estaría incurriendo en mora del acreedor y el arrendatario podría consignar válidamente, con lo que se extinguiría su obligación./ Por tanto, se trata de un requerimiento de pago, no de un requerimiento resolutorio, porque ese es el dictado del artículo 27.4 de la LAU. En otras palabras: el artículo 27.4 de la LAU concede en todo caso al arrendatario reque-

¹³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2013), 6.^a ed. pp. 938-939.

rido la posibilidad de pagar en el plazo que al efecto se señale y, si no se ha señalado plazo específico para el pago, en el plazo de diez días hábiles, que es el plazo establecido para considerar que la no contestación al requerimiento produce el efecto resolutorio del contrato. El plazo que se señale para el pago deberá ser razonable, debiendo rechazarse por ser contrario a la buena fe (artículo 7.1 CC) un plazo tan perentorio que hiciere imposible el cumplimiento (por ejemplo, un plazo de dos horas)» (cursiva nuestra)¹³⁷.

Y Guilarte Gutiérrez: «Al igual que acaece con el artículo 1504 –he aquí alguna de sus similitudes– *el pacto que especifique la automática resolución ante el impago de la renta es per se insuficiente para producir tal efecto*. De esta manera se exige que medie el requerimiento judicial o notarial para acceder a él si bien con un alcance totalmente diferente al que tiene el requerimiento en el precepto del Código civil. En este sentido el requerimiento del artículo 1504 es, específicamente, resolutorio de forma que una vez producido ya no es posible el pago de lo adeudado, salvo expresa aceptación del vendedor. De distinta manera en la regla que analizamos y toda vez que el efecto resolutorio surge de pleno derecho ante la dicción del propio artículo 27.2, su finalidad es otra: precisamente la de habilitar un cauce para evitar tal efecto. Consiguientemente, lo que condiciona la posibilidad de eludir el pronunciamiento judicial que en tal sentido confirmara la resolución contractual es que se requiera de pago al arrendatario: es decir que se le brinde la oportunidad de solventar tardíamente la deuda y eludir la resolución de pleno derecho teóricamente ya acaecida. Y si bien se han apuntado posibles dudas en orden a cuál sea el plazo para hacer frente a la deuda creo que no existen y que el plazo de diez días lo es tanto para aceptar –manifestación sin duda ilusoria– o rechazar la resolución como para efectuar el pago de lo adeudado» (cursiva nuestra)¹³⁸.

A) Salvando la oportuna distancia, la lectura del artículo 27.4 LAU también recuerda *la de otras cuestiones jurídicas* que el pacto de *lex commissoria* del artículo 1504 CC *inscrito en el Registro de la Propiedad* ha suscitado en su eficacia *inter partes* y frente a terceros, una vez que el vendedor haya procedido a la resolución (documentación precisa para la reinscripción, cancelación

¹³⁷ RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2013), 6.ª ed. pp. 943-944.

¹³⁸ Continúa: «Como queda expuesto la finalidad del requerimiento que el precepto describe es, en definitiva, alcanzar un efecto similar al de cosa juzgada si no hay contestación o se acepta la resolución. Ello disipa la necesidad de un “proceso” judicial en el que se declare la procedencia de la resolución contractual de igual manera que, en sentido inverso también impide que el arrendatario pueda entablar demanda en la que cuestione la procedencia de una resolución que surge *ex lege*» [GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2014) pp. 719-720; v. también p. 718].

de posteriores cargas, etc.; *cfr.* arts. 11, 37 LH; 59, 175.6.º RH; RDGRN 29.12.1989, El Derecho 1982/8254¹³⁹).

[47] Valorando el artículo 27.4 LAU, los citados autores se muestran muy críticos. Ragel Sánchez afirma «[...] que el mecanismo resolutorio extrajudicial instaurado en el nuevo artículo 27.4 de la LAU tendrá una escasa utilización práctica»¹⁴⁰. Según Guilarte Gutiérrez, «[e]l largo apartado 4 que la Ley 4/2013 ha introducido en este artículo 27 es una de las reglas más ociosas y, a mi juicio, inútiles de las generadas por el legislador con motivo de esta reforma»¹⁴¹.

¹³⁹ Sobre la conocida RDGRN 29.12.1989, por ejemplo, SAN MIGUEL PRADERA: «[d]icha reinscripción [la del vendedor], en principio, no debería precisar del consentimiento del titular [del comprador]; debería ser automática. Sin embargo, la *DGRN* en *Resolución de 29 de diciembre de 1982* resta automatismo a la reinscripción –que hasta entonces no se había cuestionado– y reduce la efectividad de la cláusula al exigir que no haya habido oposición por parte del comprador a la notificación de resolución» [(2004) [638] pp. 502-503, v. hasta p. 504]; CLEMENTE MEORO (2009) pp. 165-169; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 200-201, v. hasta p. 202.

¹⁴⁰ RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2013) 6.ª ed. p. 951. Desde la perspectiva del legislador, el autor apunta que *el arrendatario* tendrá interés en la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad por el efecto de su oponibilidad frente a terceros (art. 7.2 LAU). Pero RAGEL SÁNCHEZ entiende que pocos arrendatarios estarán interesados en la inscripción al haberse reducido la prórroga forzosa de cinco años a tres años (Ley 4/2013) y porque «[t]ambién será oponible el arrendamiento no inscrito frente al tercero que no es de buena fe, porque conoce la realidad no publicada en el Registro o no ha empleado la diligencia necesaria en su actuación» (*op. cit.* p. 949). En cuanto *al arrendador*, señala que si bien cuando el arrendatario acepte la resolución, o no conteste al requerimiento del artículo 27.4 LAU, el arrendamiento se resuelve de pleno derecho, al arrendador no se le garantiza «que el inquilino desaloje efectivamente la vivienda arrendada», por lo que habrá de «acudir a un procedimiento posesorio sumario para obtener el lanzamiento del arrendatario» y a otro procedimiento «para reclamar la cantidad adeudada, pues no está prevista la posibilidad de acumularlos» (*op. cit.* p. 950). «Para evitar tan enojosa posibilidad, aconsejamos al arrendador que desde el primer momento se dirija al Juzgado para instar la resolución por falta de pago con acumulación de la reclamación de la renta debida (art. 220 LECiv)./ La única utilidad que el nuevo artículo 27.4 de la LAU puede aportar al arrendador será facilitar las cosas en el caso sumamente improbable del inquilino sumiso, que no se opone a la resolución en el plazo de diez días hábiles y abandona voluntariamente la vivienda al transcurrir ese plazo. Pero ese inquilino sumiso y extremadamente considerado, un verdadero gentleman, probablemente habría llegado también a alcanzar un mutuo disenso con el arrendador para abandonar voluntariamente la vivienda» (*op. cit.* p. 951).

¹⁴¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario del artículo 27 LAU» (2014) p. 654, v. también pp. 655, 716, 723. Su crítica fundamental es que el artículo 27.4 LAU contempla la posibilidad de la vía judicial (el requerimiento judicial), siendo al arrendador mucho más ventajosa la vía judicial del artículo 440.3 LEC (sobre todo para el lanzamiento del arrendatario). Entre otras consideraciones suyas: «[...] diré que la primera incongruencia es haber mantenido la posibilidad de efectuar este requerimiento por vía judicial y no solo notarial. Y ello porque es un trámite similar al que se contiene en el nuevo artículo 440.3 de la LEC pero sin participar de ninguna de las ventajas de agilidad de esta nueva regulación que busca cercenar todas las posibilidades dilatorias habitualmente utilizadas tanto por los profesionales del impago como por quienes están en una situación de absoluta penuria económica que les impide hacer frente al pago de la renta./ Así las cosas la práctica del requerimiento y la normalmente silente aceptación de la resolución contractual van a determinar grandes dificultades para el arrendador a la hora de materializar el lanzamiento. Al menos en comparación con el procedimiento diseñado en el artículo 440.3 LEC./ [...] Por ello, analizando la situación del arrendador que ha obtenido la silente respuesta resolutoria y ante el problema de cómo actuar el lanzamiento se aprecia la inutilidad del nuevo procedimiento, y lo ilusorio de sus eventuales ventajas, en función de dos razones. Una primera

4.5 Autores partidarios de admitir, con carácter general, el modelo de la *Nachfrist* y la resolución

[48] En 2004, San Miguel Pradera informaba que algunos autores «han puesto de manifiesto la *posibilidad de realizar una declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en un plazo adicional otorgado por el propio acreedor.*/Estos autores advierten que no se encuentra *ningún obstáculo* para que el acreedor tome esta iniciativa, *a pesar de la falta de un reconocimiento legal expreso de la exigencia de declaración de resolución, condicionada a la falta de pago en el plazo adicional señalado por el acreedor*» (la primera cursiva es negrita en el original; las otras cursivas, nuestras)¹⁴².

En nota a pie de página y en apoyo de sus afirmaciones, la autora cita a Dell'Aquila, L. Díez-Picazo, y Ogáyar Ayllón¹⁴³. A ellos hay que sumar, con posterioridad, a Rodríguez-Rosado, cuyo pensamiento expusimos *supra* [39] y que también citaba a L. Díez-Picazo. Y como vimos *supra* [44] A), con las oportunas cautelas, Carrasco Perera apuntaba, «[e]n general, debe valorarse como esencial (resolutorio) el incumplimiento de la obligación de entrega o de la obligación de pago, que sigue a la concesión de un nuevo plazo de duración razonable que el acreedor concedió con la advertencia de que el retraso nuevo será definitivo».

A) Al tratar de los incumplimientos no esenciales, L. Díez-Picazo (2008) manifiesta:

«[...]. Se impone, por consiguiente, dotar de un régimen jurídico diferente a los incumplimientos esenciales y a aquellos que no lo son. En el Derecho comparado esta separación se realiza admitiendo que cuando los incumplimientos no son esenciales, debe

porque tal requerimiento, mucho más si es notarial, no parece claro que sea título suficiente para instar una demanda ejecutiva a través de la cual propiciar el lanzamiento pues ni la LEC ni la LAU lo contemplan expresamente. Pero sobre todo porque, al igual que acontece con los inútiles laudos arbitrales ante impagos de la renta, el arrendador no puede beneficiarse del turno privilegiado que establece el artículo 440.3 LEC –con señalamiento de fecha de lanzamiento desde el momento de citación al demandado– sino que debe embarcarse, en el mejor de los casos, en una demanda ejecutiva ordinaria con las dilaciones que de ella pueden derivar» (*op. cit.* p. 724; v. núm. III del Preámbulo de la Ley 4/2013).

¹⁴² SAN MIGUEL PRADERA (2004) [552] p. 442. Al texto transcrito le precede: «[552] Algunos de nuestros autores, conscientes de las incertidumbres que rodean al acreedor que, ante la falta de cumplimiento en el momento previsto, quiere desligarse de la relación obligatoria; y conscientes de lo injusto que puede serle exigirle que, a pesar del incumplimiento, permanezca vinculado durante un periodo de tiempo más o menos prolongado en una relación que finalmente se revela inútil, [...]» (*op. cit.* pp. 441-442).

¹⁴³ SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 227 en p. 442. Para su cita de L. Díez-Picazo, la autora maneja la 5.ª edición de *Fundamentos del Derecho Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias* (1996). Nosotros consultamos la 6.ª ed. (2008) de dicha obra, como se verá.

permitirse al deudor la posibilidad de subsanar el incumplimiento, cumpliendo, aunque sea tardíamente, y que, cuando la resolución por incumplimiento nace de una declaración extrajudicial del sujeto legitimado para ponerla en marcha, a ella debe preceder un requerimiento en que se conceda un plazo razonable, lo que los alemanes llaman *nach frist* [sic], para que dentro de él se pueda producir el incumplimiento tardío o la subsanación del incumplimiento. *El problema es, entonces, con qué mimbres se puede tejer esa necesidad desde el punto de vista del Derecho español, sin necesidad de recurrir a fórmulas tan ambiguas como la necesidad de observar los dictados de la buena fe en el ejercicio de los derechos de que habla el art. 7 u otras parecidas.*

Enseguida ocurre que alguna vía de solución puede proporcionar el párrafo 3.º del art. 1124, que, como se recordará dice que “el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo”. [...]. Aunque el precepto no llegue a decirlo, se puede entender (y en la práctica muchas veces se ha entendido) que el tribunal puede dejar en suspenso durante el plazo la resolución que decreta o que puede condicionar su decreto de resolución a que, en el plazo que señale, la obligación no haya sido cumplida» (cursiva nuestra)¹⁴⁴.

«Esta idea de que es prudente y oportuno conceder al deudor de una obligación una última oportunidad para cumplir y, su inmediata consecuencia, que es que para poner en marcha la resolución debe darse, en línea de principio, un plazo complementario al deudor, para conseguir que todavía cumpla, *que inspira notoriamente el art. 1504 de nuestro Código Civil*, aparece también en la organización de la resolución de los contratos tal como éste aparecía en la primitiva redacción del Código civil alemán» (cursiva nuestra)¹⁴⁵.

«La idea de que si el incumplimiento no ha sido esencial hay que dar al incumplidor una última chance para repriminar su situación de incumplimiento, aparece en un buen número de comentaristas del tema, a la cabeza de los cuales tal vez haya que situar a Álvarez Vigaray. Es, sin duda, una buena regla de política jurídica, aunque no resulte fácil de entroncar con la parvedad con la que en esta materia se desenvuelve nuestro Código Civil. No obstante la amplitud con que la regla se recoge en el Derecho comparado termina por inclinar el ánimo en ese mismo sentido. Y así no debe omitirse la doble regulación que aparece en el Código Civil italiano, en los arts. 1453 y 1454¹⁴⁶. Según explican AULETTA y MOSCO, el art. 1453 continúa contemplando la antigua resolución que se decreta judicialmente. Sin embargo, a su lado se coloca, con

¹⁴⁴ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial-II* (2008) 6.ª ed. p. 867.

¹⁴⁵ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial-II* (2008) 6.ª ed. p. 870.

¹⁴⁶ Artículo 1453 *Codice civile* 1942: «Risolvibilità del contratto per inadempimento.—Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno./ La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione./ Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione». Para el artículo 1454 *Codice civile* 1942, *supra* nota 14.

la rúbrica de *diffida ad adempiere* [art. 1454] una forma suavizada según la cual la parte que sufre el incumplimiento puede intimar por escrito a la parte incumplidora para que cumpla dentro de un plazo razonable con la declaración de que transcurrido inútilmente dicho plazo el contrato se entenderá sin más resuelto, añadiendo el precepto legal citado en su párrafo final que transcurrido el plazo sin que el contrato haya sido cumplido queda resuelto de derecho» (cursiva del original; la cursiva es nuestra)¹⁴⁷.

B) Y refiriéndose a la «jurisprudencia del TS [que] ha admitido una forma extrajudicial de ejercicio»¹⁴⁸, L. Díez-Picazo precisa:

«La jurisprudencia no ha puntualizado si el ejercicio de la facultad resolutoria puede quedar, según la voluntad del emitente de la declaración, condicionado a la falta de cumplimiento en un plazo, o algún otro tipo de condición y si, de producirse el conminatorio plazo de cumplimiento, debe posteriormente constatarse la falta posterior de cumplimiento. A nuestro juicio, no existe inconveniente especial en que la declaración de resolución extrajudicial quede condicionada a la falta de cumplimiento en el nuevo plazo que se otorga, porque ésta es la solución del art. 1504 para la compraventa, que no existe inconveniente ninguno para extender a otros supuestos diferentes. Si el requerimiento resolutorio se produjera en tales términos, desde el punto de vista jurídico no es necesaria la posterior constatación de la falta de cumplimiento, ni la reiteración de la resolución, aunque en la práctica puede resultar aconsejable»¹⁴⁹.

[49] Valorando la opinión favorable a la admisión de la declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento por el deudor, San Miguel apunta esto: si habiendo el deudor incumplido, el cumplimiento de la obligación sigue siendo posible (incumplimiento no definitivo) y útil al acreedor por cuanto que el mismo satisface sus intereses contractuales, el que este último dé al deudor una nueva oportunidad para cumplir y el deudor la haya desaprovechado *es un elemento más a incorporar en la valoración* que el Tribunal haga sobre si ese incumplimiento no definitivo y útil conduce a considerar *que no le sea exigible al acreedor permanecer vinculado al contrato*, pudiendo salirse de él.¹⁵⁰

¹⁴⁷ L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho patrimonial-II* (2008) 6.ª ed. p. 871.

¹⁴⁸ L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho patrimonial-II* (2008) 6.ª ed. p. 840.

¹⁴⁹ L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho patrimonial-II* (2008) 6.ª ed. p. 841.

¹⁵⁰ SAN MIGUEL PRADERA: «Además, a su favor hay que resaltar que, en estos casos en los que el cumplimiento es todavía posible y útil para satisfacer los intereses contractuales del acreedor, la declaración de resolución condicionada a la falta de pago puede jugar un papel importante a la hora de valorar la procedencia de la propia resolución por incumplimiento. El hecho de que el acreedor haya otorgado al deudor una última oportunidad para cumplir antes de proceder a la resolución *no pasa inadvertido*. Si posteriormente se discute la procedencia de la resolución, *se incorpora un elemento más a la valoración del propio tribunal*. Éste *no sólo contempla la existencia de un incumplimiento contractual, sino la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla y evite la resolu-*

4.6 Algunas cuestiones finales sobre la *Nachfrist* y la resolución

[50] La expuesta panorámica de penetración en nuestro Derecho privado de la *Nachfrist* y la resolución –*de modo más o menos directo, con menor o mayor alcance*; lo que en parte depende del lector– nos permite plantear si conviene dar un paso más: el de su incorporación al Derecho positivo *con un carácter general*. Y si se admite que ello ha de ser así, ha también de responderse a si la misma habría de codificarse al mismo nivel que la resolución *general por incumplimiento esencial*. Sobre esto, en las consideraciones finales del trabajo nos pronunciamos (*infra* [199] Consideración Quinta).

A) *De lege ferenda*, han defendido, entre otros, la *Nachfrist* y la resolución, Pantaleón Prieto¹⁵¹, y San Miguel Pradera¹⁵².

5. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN EN ALGUNOS TEXTOS PRELEGISLATIVOS Y DE OTRA NATURALEZA

[51] Como anticipamos en la *Introducción* del trabajo, en esta, su *Primera parte*, terminamos mentando distintos artículos de algunos textos prelegislativos, que han recogido la *Nachfrist* y la resolución; también realizamos otras indicaciones. El estudio de esas *Nachfrist* y resoluciones lo hacemos –también se anticipó– en la *Segunda parte* del trabajo.

5.1 En la PMCC

[52] La *Nachfrist* y la resolución se dispone con carácter general en su artículo 1200.I. La misma cuenta con la excepción de la negativa del deudor a cumplir (art. 1200.III PMCC). Además, el

ción. Esto permitirá al tribunal *llegar al convencimiento de que –a pesar de que el incumplimiento no era definitivo (todavía era posible y útil)–, dadas las circunstancias, no era exigible al acreedor que permaneciera vinculado de forma definitiva, pudiendo salirse del contrato si así lo deseaba*» [cursiva nuestra; (2004) [553] p. 442; v. también [554]-[556] pp. 442-443].

¹⁵¹ PANTALEÓN PRIETO: «[...]», una vez bien establecido que no todo incumplimiento justifica la resolución, una mayor certidumbre en las relaciones contractuales y el conceder a la parte incumplidora una nueva oportunidad de mantener el contrato que no dependa del arbitrio judicial aconsejan acoger en nuestro Derecho la regla de que la resolución sólo procederá por el *transcurso infructuoso de un plazo adecuado* señalado por el acreedor de tal modo que el incumplidor haya de contar con la resolución a su término; salvo que sea patente lo inútil [*sic*] de dicha fijación de plazo, o la obligación incumplida lo fuera a término esencial, o concurren otras razones especiales. El modelo a seguir [...]» [ADC (1993) p. 1733].

¹⁵² SAN MIGUEL PRADERA (2004) [606]-[607] pp. 478-480.

artículo 1999.I PMCC ordena, con carácter general, el supuesto de la resolución por incumplimiento esencial.

5.2 En el ACM

[53] La *Nachfrist* y la resolución se disponen con carácter general en su artículo 417-2.2. El artículo 417-2.3 ACM prescribe que el acreedor puede suspender el cumplimiento de su obligación mientras no subsane el deudor su incumplimiento, conservando aquel el derecho a la indemnización de daños y perjuicios. El ACM no ordena expresas excepciones a la *Nachfrist* y la resolución. El ACM no recoge con carácter general –en su Libro IV– la resolución por incumplimiento esencial, que sí se recogía en textos anteriores al ACM.

A) Sin perjuicio de las consideraciones que sobre el Título Preliminar y Libros IV y V del ACM y otros aspectos hacemos *infra* [112] y ss., son ahora oportunos estos apuntes introductorios.

B) *Antecedentes*.—Mediante Orden de 7.11.2006 (*infra* nota 280), el Ministro de Justicia (Excmo. Sr. D. Juan Fernando López Aguilar) encargó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. Pero Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano –Presidente de la Sección– informa que la tarea de la preparación del Código mercantil se inició antes¹⁵³. La Orden daba un plazo de cuatro años para realizar el Código Mercantil. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano indica que el día de presentación de la Propuesta de Código Mercantil al Ministro de Justicia (Excmo. Sr. D. Alberto Ruiz-Gallardón) fue el 19.06.2013¹⁵⁴. El 30.05.2014 se aprobó el ACM¹⁵⁵.

C) *Documentación manejada*.—Es: (1) la *Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código de comercio en la parte*

¹⁵³ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «En realidad, la tarea de preparación del Código mercantil se inició realmente antes de que se diera el encargo de elaborar el Código en la Orden ya mencionada de 7 de noviembre de 2006. Así, en la documentación de la Sección se encuentra ya con fecha 11 de febrero de 2003 una memoria sobre la codificación mercantil; el 4 de marzo de aquel mismo año 2003 se presentó un documento relacionado con el tema de la codificación, cuyo título era “La política legislativa en materia de régimen jurídico de las obligaciones y contratos mercantiles”; y el 15 de febrero de 2005 se presentó un “Borrador de propuesta para la elaboración de un nuevo Código mercantil”. Por consiguiente, la iniciativa de elaborar un nuevo Código mercantil había sido discutida y acordada en la propia Sección bastante tiempo antes de que se hiciera efectivo el encargo realizado por la Orden de 2006» [RDM, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 36]. V. ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 42-44.

¹⁵⁴ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RDM, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 35. V. la carta que el autor dirige al Ministro de Justicia, con fecha 17 de junio de 2013 y publicada en la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* (2013) 2.ª ed., p. 11.

¹⁵⁵ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) pp. 37-39.

general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, publicada en 2006 (PAMCCO 2006 en lo sucesivo)¹⁵⁶; (2) la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, publicada en 2013 (PCM1.^a en lo sucesivo)¹⁵⁷; (3) la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* publicada en 2013, 2.^a ed. (PCM2.^a en lo sucesivo)¹⁵⁸; y (4) el ACM.

¹⁵⁶ *BMJ*, año LX, 01.02.2006, núm. 2006, pp. 203-216.

¹⁵⁷ ISBN 978-84-7787-220-7.

¹⁵⁸ ISBN 978-84-7787-155-2; en la p. 19, se indican los *Principales cambios introducidos en la segunda edición*. En otro orden de consideraciones: (1) *Sobre el modo de enumerar los artículos*, en el *Prólogo a la segunda edición de la PCM2.^a*: «En el aspecto formal la Propuesta de Código presenta importantes innovaciones frente a la legislación española tradicional./ Hay que destacar, que el articulado se numera siguiendo el mismo criterio de la nueva codificación francesa. Esto significa que el número de un artículo está constituido por una primera cifra que es la que corresponde al libro del Código en el que el artículo esté integrado; la segunda cifra corresponde al título y por último la tercera cifra constituye la mención del capítulo. Eso significa que todos los artículos de un mismo capítulo tienen la parte inicial del número que les corresponde integrada por los números que se refieren al libro, al título y al capítulo, y a partir de ahí todos los sucesivos artículos tienen su propio número. Así por ejemplo, un artículo que tuviera el número 532-2, significaría que ese artículo está integrado en el Libro V, Título III y en el Capítulo 2. Y dentro de ese capítulo se trataría del artículo 2. Como es conocido, este sistema, al independizar la numeración de los artículos de cada capítulo, permite suprimir o añadir artículos con la única consecuencia de tener que modificar sólo la numeración de los artículos del mismo capítulo, dejando intacta la numeración del resto» [PCM2.^a (2013) p. 17].

Según el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el ACM*: «Por último, merece un comentario final, dentro de este apartado de observaciones generales, la técnica jurídica a la que ha recurrido el nuevo Código Mercantil, concretada en un método novedoso de numeración de los preceptos en los que se articula./ En los términos explicados en antecedentes, se trata de una forma de numeración que facilita la revisión, modificación y ampliación del contenido del proyectado texto legal y la incorporación de nuevos preceptos sin tener que utilizar las técnicas artificiosas e inelegantes a las que en que ha habido que recurrir con demasiada frecuencia, añadiendo calificativos y una suerte de numeraciones adicional o paralelas a los preceptos legales (artículos bis, ter, quarter...)/ A pesar de que nuestros grandes textos legales no han utilizado hasta el momento la nueva técnica aplicada al Anteproyecto, sí existen numerosos precedentes de esta última en la legislación comparada e, incluso, en nuestras legislaciones autonómicas. Sin discriminar las ventajas de esta innovación, no deja de ser llamativa la ruptura singular que representa para la técnica normativa habitualmente seguida, que puede generar, al menos en un primer momento, dificultades para los agentes jurídicos./ Por otra parte, dado que va a aplicarse a materias afectadas por una cierta inestabilidad normativa, esa nueva técnica de numeración es exigente y requiere una especial atención para que las reformas que deban ir introduciéndose en el nuevo Código la utilicen adecuadamente y no desembocan en utilizar las artificiosas numeraciones y denominaciones que se pretenden deterrar./ Por último, y a la vista de las exigencias a las que responde, entiende este Consejo que es todavía prematuro decidir si esa nueva técnica de numeración del articulado debe mantenerse, como modelo para posteriores regulaciones, o debe utilizarse restrictivamente, en aras de mantener una cierta homogeneidad con el resto del ordenamiento» (núm. 837/2014, pp. 78-79).

(2) *Sobre la importancia y finalidad de los rótulos de los artículos*: «Con un criterio similar hay que poner de manifiesto que los rótulos que se atribuyen a los artículos son especialmente importantes, porque se ha tratado de evitar las remisiones a los números de los artículos, sino que la remisión se hace mencionando el rótulo exacto del artículo al que se hace la remisión, de manera que al remitirse al rótulo se identifica el artículo sin posibilidad de error» [PCM2.^a (2013) p. 18].

D) *Factores personales y la forma de trabajo de la Sección de Derecho Mercantil (Grupos de trabajo, discusiones de los plenos, y Ponencia de coordinación).*—Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Julio-Septiembre, 2013) informa:

«La elaboración de un texto tan ambicioso ha sido posible gracias a factores personales de gran trascendencia práctica. En primer lugar, por el continuado y generoso trabajo anterior de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. La Sección ha trabajado ininterrumpidamente en la labor prelegislativa durante veintiocho años bajo la dirección del Profesor don Aurelio MENÉNDEZ (1987-2006) en una importante tarea de renovación de la legislación mercantil española. Junto con los textos que se habían convertido en ley existían otros que por distintas razones no habían pasado del rango de Anteproyecto, pero que tienen indudable calidad. En el momento de emprender la labor de codificación la Sección estaba habituada a trabajar disciplinadamente, con seriedad y con continuidad.

Pero, en segundo lugar, si ha sido posible elaborar la *Propuesta de Código mercantil*, ha sido debido a la sustancial unidad de los mercantilistas españoles. Los especialistas en la materia están integrados en una única escuela —la creada por el Profesor Joaquín GARRIGUES y continuada por los profesores Rodrigo URÍA, Antonio POLO y José GIRÓN— en la que en la actualidad se integran prácticamente todos los catedráticos de la disciplina. Ciertamente, existen tendencias y matices dentro de esta escuela; pero lo importante es que sus miembros participan de unos principios comunes, entre los que destacan el rigor de la metodología, la utilización de las más recientes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, el buen conocimiento del Derecho extranjero —en particular, el de los Estados miembros de la Unión Europea—, y la permanente atención a la práctica, con la pretensión de solucionar problemas de la realidad alejándose de planteamientos puramente teóricos o conceptuales. Una parte fundamental de la vigencia de esos criterios comunes, se ha visto incentivada por el ejemplo de los maestros de las últimas generaciones, entre los que destacan los profesores Evelio VERDEIRA, Aurelio MENÉNDEZ —ahora Presidente honorario de la Sección—, Manuel OLIVENCIA, y Justino DUQUE, sin que pueda dejar de destacarse al inolvidable profesor Fernando SÁNCHEZ CALERO. [Mayúsculas del original]

El dato tiene la mayor importancia puesto que la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación está integrada por muchos vocales que son en sí mismos verdaderas personalidades en el Derecho mercantil y que han colaborado muy activamente y con generosidad en los trabajos de preparación del Código. Esa dedicación totalmente altruista se ha manifestado especialmente al constituir los grupos de trabajo y al actuar con una gran disciplina, aceptando participar en las diversas comisiones creadas al efecto. Pero la coincidencia en los planteamientos básicos de los mercantilistas vinculados a la escuela común ha hecho que los criterios de esa escuela se impongan en los nuevos textos propuestos, por atender ante todo a las exigencias de la rea-

alidad del tráfico. La *Propuesta de Código mercantil* ha sido posible por la existencia y por la vitalidad de esa escuela mercantilista. Efectivamente, los avances doctrinales generados en el seno de esa escuela se han incorporado al texto articulado, de manera que puede decirse que la modernidad y el alto nivel del texto aprobado hay que vincularlo a esa evolución doctrinal.

Las discusiones en los plenos han tenido un gran interés. Por supuesto, cada vocal tiene su propio estilo por lo que ha sido necesario crear una ponencia de coordinación, cuyo trabajo fundamental consiste en revisar los textos preparados por los grupos de trabajo y por el pleno de la Sección, tratando de mantener un mismo tipo de redacción y siguiendo unas normas de estilo que tienen la mayor importancia»¹⁵⁹.

E) Estructura básica del ACM, título competencial, y entrada en vigor.—El ACM cuenta con una Exposición de Motivos (EM

¹⁵⁹ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM* núm. 289, Julio-Septiembre (2013) pp. 36-37.

Sobre la organización para la redacción del PCM1.^a, en la PCM1.^a (2013) publicada por el Ministerio de Justicia: «[...] Así pues, sin olvidar el carácter de trabajo colectivo del Código parece necesario dar a conocer los nombres de quienes han participado activamente en relación con temas determinados, para lo cual es imprescindible hacer una breve síntesis del sistema de trabajo que se ha seguido, pues conociendo ese sistema es como se pueden atribuir la especial participación de los distintos vocales en la obra conjunta./ Para la redacción del Código se designaron los miembros de varias ponencias y de diversos grupos de trabajo. En el seno de esas ponencias y grupos de trabajo se preparaba la propuesta de los textos sobre la materia correspondiente, que se transmitían a la ponencia de coordinación, que hacía las correspondientes observaciones, que eran consideradas por la ponencia o grupo de trabajo competente, aceptando o rechazando las observaciones formuladas, y el texto resultante se elevaba al Pleno de la Sección para que se presentaran enmiendas por escrito, que después eran discutidas en las sesiones plenarias./ Los textos aprobados por el Pleno pasaban a la Ponencia de coordinación, cuya función era evidentemente la de coordinar y tratar de dar unidad al conjunto de las aportaciones formuladas por las ponencias y grupos de trabajo a través del Pleno» [PCM1.^a (2013) p. 689]. «Mención aparte merece la Ponencia de Coordinación que, como su nombre indica, ha realizado la difícil tarea de coordinar las distintas aportaciones de los grupos dando unidad de Código al conjunto de ella y tratando de establecer unos criterios formales que dieran unidad a la obra en su conjunto. Ello ha significado un esfuerzo muy importante en número de reuniones y de borradores de supervisión de las distintas partes del Anteproyecto, especialmente en la última etapa en que ha sido preciso en poco tiempo hacer las modificaciones necesarias para dar por terminado el Código./ Forman parte de la ponencia de coordinación D. José M.^a de Prada (que hubo de retirarse de los trabajos de esta Ponencia por enfermedad), D.^a Mercedes Vergez, D. Fernando Rodríguez Artigas, D. Enrique Piñel y D. Ricardo Alonso, siendo presidente, D. Alberto Bercovitz. También formó parte de esta ponencia en una primera etapa D. Ángel Rojo, que tuvo que dejar de participar en ella al asumir la presidencia de la ponencia de sociedades mercantiles y del grupo de trabajo encargado de la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y pago» [PCM1.^a (2013) pp. 692-693]; «Además de los vocales de la Sección que han participado en los trabajos de las Ponencias y Grupos de trabajo y que han asistido a los Plenos, a los que se acaba de hacer referencia, también han intervenido en la preparación del Anteproyecto al asistir desde su nombramiento las sesiones [*sic*] del Pleno y participar en las discusiones y votaciones, el Presidente honorario, D. Aurelio Menéndez y los vocales D. Jesús Blanco, D. Jose [*sic*] Manuel García Collantes, D. Jose [*sic*] Antonio Gómez Segade, D. Ángel Lucini, D.^a Ana Martínez Pina, D. Jose [*sic*] Miura Fuentes, D. Valentín Pich Rosell, D.^a Juana Pulgar. [...]» [PCM1.^a (2013); redactado por Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y fechado a 11.06.2013, *op. cit.* p. 693].

en lo sucesivo), un Título Preliminar, siete Libros¹⁶⁰, seis Disposiciones Adicionales, cinco Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, y diez Disposiciones Finales. El título en que se ampara el ACM es el de la «competencia estatal exclusiva en materia de legislación mercantil y legislación procesal establecida en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución» (DF 9.^a ACM). El ACM «entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”» (DF 10.^a ACM).¹⁶¹

5.3 En el PCCCat.

[54] Su artículo 621-41 ordena la *Nachfrist* y la resolución para el *contrato de compraventa y el incumplimiento del vendedor, o del comprador, consistente en el retardo en cumplir e incumplimiento no esencial*. Según el artículo 621-13 PCCCat., si el vendedor no hubiere tempestivamente entregado el bien, el comprador *no* ha de requerirle su entrega en un plazo adicional si aquel se negó a cumplir, o el término para la entrega hubiere sido esencial. El PCCCat. también regula, para la compraventa, la resolución por incumplimiento esencial (art. 621-41, 1 y 2).

5.4 En los PLDC

[55] En su regulación de la resolución¹⁶² *no* se ha recogido de modo expreso la *Nachfrist* y la resolución (v. *infra* [199] consideración final decimotercera). En cambio, se recoge como causa de resolución la del incumplimiento esencial. Y lo hay: (1) si las partes así lo acuerdan respecto a cierta obligación o supuesto específico de incumplimiento; (2) si el incumplimiento es doloso; (3) si por la conducta del deudor incumplidor, el acreedor pierde razona-

¹⁶⁰ Sus rúbricas: Libro I «Del empresario y de la empresa»; Libro II «De las sociedades mercantiles»; Libro III «Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial»; Libro IV «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general»; Libro V «De los contratos mercantiles en particular»; Libro VI «De los títulos-valores e instrumentos de pago y de crédito»; Libro VII «De la prescripción y de la caducidad».

¹⁶¹ EM del ACM: «IX-9. Por último, se establecen dos disposiciones finales relativas al título competencial del Estado, fundamentalmente el relativo a la legislación mercantil que el artículo 149.1.6.^a de la Constitución [*sic*], pero también el correspondiente a la legislación procesal en la medida que el Código Mercantil también regula algunas acciones procesales, en concreto las correspondientes a la competencia desleal. Asimismo, y sin perjuicio de las disposiciones transitorias, se fija un plazo de entrada en vigor del Código Mercantil de tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que con carácter general se considera suficiente».

¹⁶² «Artículo * [De los medios de tutela del acreedor]/ En caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:/ 1. Cumplimiento específico;/ 2. Reducción del precio;/ 3. Resolución del contrato;/ 4. Excepción de contrato no cumplido, e/ 5. Indemnización de daños» [ADC (2014) p. 250].

blemente la confianza en que con posterioridad se cumplirá el contrato; y (4) si el incumplimiento priva sustancialmente al acreedor de lo que previsiblemente podía esperar en el momento de la perfección del contrato.

Los PLDC tratan las cláusulas resolutorias que facultan al acreedor para la resolución, exigiendo la especificación de los incumplimientos que darían lugar a aquella. Las cláusulas resolutorias *no privan* «al acreedor de la posibilidad de optar por cualesquiera de los otros remedios».

A) En la versión publicada en el *ADC*, los artículos del PLDC no cuentan con numeración.

Artículo * PLDC [Carácter esencial del incumplimiento]

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:

1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.
2. El incumplimiento es doloso.
3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.
4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato»¹⁶³.

Artículo * PLDC «[Resolución por incumplimiento]

Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.

El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato.

La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción»¹⁶⁴.

Artículo * PLDC «[Cláusulas resolutorias]

Las partes podrán incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo, siempre y cuando especifiquen los incumplimientos que darían lugar a esta resolución.

Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualesquiera de los otros remedios»¹⁶⁵.

¹⁶³ *ADC* (2014) p. 249.

¹⁶⁴ *ADC* (2014) p. 251.

¹⁶⁵ *ADC* (2014) p. 252.

SEGUNDA PARTE: CONCRETOS SUPUESTOS DE NACHFRIST Y RESOLUCIÓN, Y EXCEPCIONES

I. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 66 BIS.2.I TRLGDCU, 1200.I PMCC, 417-2.2 ACM, Y 621-41.3 PCCCAT.

1. EL ORDEN DE LA EXPOSICIÓN Y SU RAZÓN

[56] Inviertiendo el orden (lógico) de exponer primero lo general y después lo especial, comenzamos analizando la norma especial de la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU, y continuamos con la *Nachfrist* y la resolución de las normas generales de los artículos 1200.I PMCC y 417-2.2 ACM. Su razón es que el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU es Derecho positivo y no lo son los otros. En cuanto a la *Nachfrist* y la resolución del PCCCat., insertamos su análisis en el del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU y procedemos a él cuando hemos entendido que era oportuno.

2. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 66 BIS.2.I TRLGDCU

2.1 La presentación del artículo 66 bis TRLGDCU. El esquema que se seguirá

[57] La *Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores* (Directiva 2011/83/UE en lo sucesivo)¹⁶⁶ fue transpuesta al TRLGDCU por *Ley 3/2014, de 27 de marzo* (Ley 3/2014 en lo sucesivo)¹⁶⁷. Esta ley añadió el artículo 66 bis al TRLGDCU, incorporando así el artículo 18 de la *Directiva 2011/83/UE*¹⁶⁸. El

¹⁶⁶ *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, DOUE 22.11.2011, L 304/64.

¹⁶⁷ *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, BOE núm. 76, 28.03.2014. Núm. I del Preámbulo de la Ley 3/2014: «[...] mediante esta ley se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE./ [...] / Los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa». DF 5.ª de la Ley 3/2014: «Incorporación del derecho de la Unión Europea/ La presente ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2011/83/UE [...]».

¹⁶⁸ Artículo 18 de la *Directiva 2011/83/UE*: «Entrega/ 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la

artículo 66 *bis* TRLGDCU entró en vigor el 29 de marzo de 2014¹⁶⁹ y se aplica a los contratos celebrados con los consumidores a partir del 13 de junio de 2014¹⁷⁰.

A) Artículo 66 *bis* TRLGDCU: «Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta

1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.

2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y el usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato./ 2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato./ El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato./ 3. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo./ 4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional».

Sobre el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE y sus implicaciones para el Derecho español, antes de la Ley 3/2014, GONZÁLEZ CARRASCO (2013) pp. 1275-1283; analiza el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE, teniendo presentes al Anteproyecto de Ley de 24.07.2012, al Proyecto de Ley de 25.10.2013, y a la Ley 3/2014, FUENTESECA DEGENEFTE (2014) pp. 431-460; FENOY PICÓN, ADC (2013) [19]-[45] pp. 755-811.

¹⁶⁹ DF 13.^a de la Ley 3/2014: «Entrada en vigor/ La presente ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

¹⁷⁰ DT única de la Ley 3/2014: «Régimen transitorio/ Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir del 13 de junio de 2014».

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

4. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo».

[58] Los aspectos de los que voy a tratar en el análisis del artículo 66 *bis* TRLGDCU pueden dividirse, a *grosso modo*, en dos bloques. El primero incluye *aspectos generales* que van más allá del propio artículo 66 *bis* TRLGDCU, precisos para su mejor encuadre y estudio. El segundo incluye *aspectos directamente* relacionados con la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU.

A) Entre otras cuestiones trato: (1) del derogado y del vigente artículo 59.2 TRLGDCU, y de la calificación civil/mercantil de los contratos con consumidores; (2) de la *Nachfrist* y la resolución del PCCCat.; (3) de la ubicación sistemática del artículo 66 *bis* TRLGDCU en el TRLGDCU; (4) del ámbito subjetivo del artículo 66 *bis* TRLGDCU; (5) de su ámbito objetivo; (6) de las definiciones de la compraventa de los artículos 59 *bis*.1.a) TRLGDCU, 1445 PMCC, 621-1 PCCCat., 511-1 ACM; (7) del ámbito contractual del artículo 66 *bis* TRLGDCU: la compraventa y el contrato de cosa mueble a construir; (8) de los requisitos, efectos, y cuestiones no reguladas (y soluciones) de la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU; (9) de los incumplimientos incluidos en el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU: el retraso no esencial y el esencial en la entrega del bien; y (10) de los remedios del consumidor *tras* el transcurso del plazo adicional para el cumplimiento (*Nachfrist*).

2.2 El derecho supletorio de los contratos con consumidores: el (derogado y vigente) artículo 59.2 TRLGDCU. Sobre la calificación civil/mercantil de los contratos con consumidores y las competencias legislativas del Estado y de las CCAA

[59] Según el *derogado artículo 59.2.I TRLGDCU*, *los contratos con consumidores* se rigen «en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, *por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*» (cursiva nuestra)¹⁷¹. La remisión *simultánea y supletoria* a las

¹⁷¹ Limitándome al TRLGDCU, otro ejemplo de remisión a la legislación civil y mercantil es el artículo 117.II TRLGDCU, que para la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato dispone: «[e]n todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, *de acuerdo con la legislación civil y mercantil*, a ser indemnizado por los daños y

legislaciones civil y mercantil implica que, junto con la calificación de contrato *con consumidores*, también haya de determinarse su condición de *contrato civil o mercantil*. Y esto último conlleva la aplicación de normas contractuales civiles o mercantiles que pudieran disponer distinta regulación sobre un concreto punto.

A) *Cámara Lapuente*.—Pero este autor señalaba (en 2011) que «[...] es preciso matizar las menciones al Derecho civil y mercantil que se contiene en la expresión del art. 59.2 “disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles”:

1) La referencia a los contratos mercantiles tiene escaso sentido en relación a contratos de consumo, pues pese a [*sic*; la] conocida polémica doctrinal sobre su carácter civil o mercantil, tanto a la luz del claro tenor literal del art. 326.1 CCom., como de la jurisprudencia del TS [...] las compraventas de consumo tienen naturaleza de contratos civiles, lo cual puede mantenerse también para otros “actos o contratos mixtos”, como, por ejemplo, el arrendamiento o el *renting* de consumo [...].

2) Por lo tanto, la referencia del art. 59.2 TR-LGDCU a las disposiciones sobre contratos mercantiles no parece fácilmente reconducible a los artículos que contienen las especialidades mercantiles sobre el Derecho de obligaciones (arts. 50-63 Ccom.), pues, a falta de naturaleza mercantil del contrato de consumo [...], estos preceptos no serán aplicables. La mención podría reconducirse acaso a otras normas mercantiles en las que el interés del consumidor contratante es tutelado junto con los intereses de los competidores; esto es, las normas de la LOCM [...], las normas sobre publicidad [...] y las normas sobre competencia desleal [...].

3) Por lo expuesto, y pese a la interpretación anterior (acaso límite) en busca de sentido de la mención a las disposiciones legales sobre “contratos mercantiles” —más allá del conocido efecto unificador del Derecho privado por parte del Derecho contractual

perjuicios derivados de la falta de conformidad». En mi opinión, convendría derogar dicho artículo, pues basta la genérica remisión del *vigente* artículo 59.2.I TRLGDCU al Derecho común [sobre ello y para la versión anterior del artículo 59.2.I TRLGDCU, FENYOY PICÓN, *ADC* (2013) [13] pp. 734-735]. Recientemente, JUÁREZ TORREJÓN ha analizado el remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo (art. 117.II TRLGDCU) y defiende que responde a un régimen de responsabilidad contractual estricta, lo que razona como sigue: «Un sistema tal, en el que el deudor responde de cualquier falta de cumplimiento del programa prestacional, sin distinción del motivo del incumplimiento e independientemente de que le sea imputable, y en el que esa responsabilidad lo es tanto por el hecho de que el acreedor no vea satisfecho su interés contractual “primario” [...], como por el daño que, más allá del contenido prestacional son objetivamente imputables al incumplimiento, nos conduce a un *régimen de responsabilidad contractual estricta*. Valorativamente no es un régimen descartable *per se*. Ciertamente constituir un entero régimen de responsabilidad contractual sobre esta piedra angular puede llevar en determinadas situaciones a resultados desproporcionados. En último extremo su instauración depende de una cuestión de política legislativa para la que, en mi opinión, las bases están ya puestas en el ámbito del Título V, Libro segundo, TRLGDCU’07. Pero mientras no se instaure un régimen de responsabilidad estricto en esta sede (cuya conveniencia práctica podría discutirse), interpretar el artículo 117.2.º TRLGDCU’07 en la línea del artículo 79.5 CV’80 me parece una conclusión defendible de *lege data*, no sólo de *lege ferenda*» [*RDP* (2014) pp. 13-14; v. además pp. 15-16; v. también del mismo autor (2015) pp. 302-304].

de consumo [...]— esta referencia al Derecho mercantil parece tener más un trasfondo de afianzar la competencia exclusiva estatal sobre las normas de Derecho privado de la contratación que remitir a concretas disposiciones mercantiles sobre contratación. El art. 59.2, como el entero Libro Segundo [del TRLGDCU], se dicta al amparo de las competencias estatales en materia civil y mercantil *ex art.* 149.1.6.º y 8.º (DF 1.º 3 TR-LGDCU¹⁷²). [...]

4) En definitiva, en realidad, la referencia a los contratos mercantiles y al art. 149.1.6 CE en este contexto parece tener el propósito de atajar la previsible expansión del Derecho civil autonómico hacia el espacio incierto de los aledaños de las “bases de las obligaciones contractuales” del art. 149.1.8.º CE. Hasta la fecha, la consolidada doctrinal constitucional sobre la interpretación del inciso en relación con la contratación de consumo ha hecho que los legisladores autonómicos con competencia sobre Derecho civil disciplinen sobre la materia con base en otros títulos competenciales como la protección del consumidor o el comercio interior, produciendo sólo normas de contenido administrativo. En efecto, el TC ha negado que las CCAA puedan determinar las consecuencias jurídico-privadas de la contravención de las obligaciones surgidas entre empresarios y consumidores; al no distinguir la jurisprudencia constitucional entre bases del Derecho de obligaciones y el desarrollo de éstas [...] el resultado ha sido en todos los casos negar eficacia civil —y, a lo sumo, reconocer sólo valor de norma administrativa— a los preceptos autonómicos que consagran obligaciones para los empresarios en sus relaciones con consumidores. La incuestionable competencia exclusiva del Estado en materia mercantil, alegada indistintamente —de forma cuestionable— con la civil (DF 1.º 3 TR-LGDCU y su reflejo en las menciones del art. 59.2 TR), vendría así a reforzar la reserva derivada de la interpretación del TC sobre las “bases de las obligaciones contractuales” en materia de Derecho contractual de consumo; frente a la cual comienzan a abrirse paso, con base en una doctrina autonomista crítica con dicha interpretación, algunas normas que pretenderían habilitar la regulación del Derecho contractual de consumo en CCAA como Cataluña [...]; en este sentido, el art. 3.f. de la Ley 29/2002 (primera ley del Código Civil de Cataluña) contempla como contenido del libro sexto del CC catalán, relativo a las obligaciones y contratos, “la contratación que afecta a los consumidores”¹⁷³. En el caso especial de Navarra, en favor de una

¹⁷² DF 1.º TRLGDCU: «Título competencial/[...]/ 3. El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1.6.º y 8.º de la Constitución española./ 4. [...]».

¹⁷³ Artículo 3 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya: «*Divisió*/Els llibres que componen el Codi civil de Catalunya són els següents:/ [...] / f) Llibre sisè, relatiu a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenen-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament». La CA de Cataluña cuenta con un Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio).

Sobre la asunción de la materia de la protección de los consumidores por las CCAA, CÁMARA LAPUENTE (en 2011) informa: «Ni la asunción competencial ni su desarrollo han

sido en todo caso, ni homogéneos, ni simultáneos. La situación actual, con una explicación retrospectiva, puede resumirse así: a) Existen *comunidades autónomas que han asumido estatutariamente la competencia “exclusiva”* sobre la protección de los consumidores [...] – así, *Andalucía, Cataluña, País Vasco, Galicia y Navarra– [...] Valencia, [...]– así, Aragón [...] ; Canarias [...] e Islas Baleares [...]*. En el caso de estas nueve Comunidades Autónomas, con competencia exclusiva en relación con la protección del consumidor, el propio estatuto autonómico (menos Cataluña en su Estatuto de 2006, frente a lo que sí hacía su Estatuto de 1979, [...]) reconoce expresamente los límites de dicho carácter exclusivo en ciertos principios constitucionales y competencias exclusivas del Estado, utilizando las expresiones “sin perjuicio de” y/o “de acuerdo con” [...]/ b) *El resto de Comunidades Autónomas tienen competencia de desarrollo legislativo y ejecución sobre protección de los consumidores [...]* (Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, Extremadura, Madrid y Murcia). Sólo las ciudades de Ceuta y Melilla tienen competencia de ejecución de la Legislación del Estado en materia de defensa de los consumidores. También en los estatutos autonómicos referidos en este grupo se hacen constar los límites a esa competencia, de suyo ya no exclusiva, en términos similares a los antes transcritos [...]/ c) *Todas las Comunidades Autónomas, con la excepción única de La Rioja, tienen una Ley o Estatuto de protección de los consumidores y usuarios muy mimética, en contenidos, de la LGDCU de 1984./ [...] / [...] vino a confirmar, en síntesis, esta doctrina constitucional: la LGDCU será siempre y en todo válida, aunque quedaría desprovista de eficacia directa en aquellos ámbitos territoriales en los que las correspondientes Comunidades Autónomas hubieran ejercitado las competencias legislativas que, sobre defensa de los consumidores y usuarios, constitucional y estatutariamente hubieran asumido. Delimitada así la eficacia de la LGDCU (y, por ende, del TR-LGDCU), queda por precisar cuáles son los límites a la competencia normativa autonómica que, por su carácter residual ex art. 149.3 y por efecto de las competencias exclusivas estatales (doblemente residual, pues) dejan, de iure, reducidas a competencias ejecutivas las autonómicas cuando confluyen con las estatales [...]/ En definitiva, se declare estatutariamente la competencia como exclusiva o como de desarrollo legislativo, lo único que esos preceptos orgánicos pueden atribuir a la respectiva Comunidad Autónoma es aquella parte de la defensa del consumidor que no está comprendida en algunos de los apartados 149.1 CE. Y en este sentido, y con respecto a la doctrina jurisprudencial expuesta, resulta esclarecedor el elenco de títulos competenciales alojados en esa norma constitucional que la propia Disposición final primera del RDLeg. 1/2007 resalta como fundamento de los artículos contenidos en: el art. 149.1.1.º [...]; art. 149.1.13.º [...] y 149.1.16.º [...]; art. 149.1.6.º [...] y 149.1.8 [...]./ A este repaso de los títulos estatales que restringen las competencias autonómicas en materia de protección de los consumidores conviene añadir algunos criterios importantes para la delimitación competencial establecidos en otras sentencias del Tribunal Constitucional: a) La atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149.1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda “sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales” (STC 31/2010 [...]/ b) *La competencia sobre protección del consumidor cede ante la más específica (estatal) sobre sanidad, [...]/ c) En relación con materias de Derecho civil contenidas en el TR-LGDCU, [...]* [lo que el autor indica aquí se encuentra transcrito *infra* [60] A)]./ d) Diversas sentencias del TC explicitan límites a las normas autonómicas (normalmente sobre comercio interior, competencia tan ligada a la protección del consumidor, como ha manifestado el propio TC) que introduce un *marco temporal imperativo para el desarrollo de específicas modalidades de ventas* (rebajas, etc.) por considerarlasy integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia: así SSTC [...]; e) Por último, conviene recordar que algunas SSTC han resaltado la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la *igualdad de todos los españoles* en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales ex art. 149.1.1.ª, ligado a la materia de la protección de los consumidores (SSTC 15/1989 y 62/1991). Conectando esa declaración con los arts. 51 y 139 CE, es idea extendida en la doctrina sostener que aunque el respeto a la igualdad básica no es por sí solo causa suficiente para hacer prevalecer el Derecho estatal sobre el autonómico en esta materia, sí es un principio constitucional que debería llevar a considerar la LGDCU como el nivel de protección mínimo de todos los consumidores españoles; de manera que las reglas autonómicas que redujeran sustancialmente ese nivel podrían afectar a la igualdad básica de los*

tal regulación civil propia de los contratos de consumo no debe obviarse el hecho de que el Fuero Nuevo, a diferencia del resto de legislaciones de Comunidades con competencia civil, ya contenía y contiene un amplio número de preceptos (leyes 488-596) sobre el Derecho de obligaciones y sobre los principales contratos civiles, como la compraventa [...]»¹⁷⁴.

B) *Gallego*.—Sin perjuicio de lo que ulteriormente expondremos (*infra* [119] y ss.; [130]), desde ya indicamos que para el ACM los contratos con consumidores son mercantiles. De llegar a ser ley el ACM, eso incidiría en los Derechos civiles autonómicos [algo a lo que apuntaba Cámara Lapuente en la anterior letra A)]. Y por lo anterior, el interés de las siguientes afirmaciones de Gallego sobre el Derecho de Consumo y su mercantilidad, hechas en 2013. Conviene enfatizar que la autora presidió el Grupo de trabajo que redactó la compraventa mercantil del proyectado Código Mercantil (*infra* [128]). Según Gallego:

«Lo que se ha dado en llamar Derecho del Consumo, como si se tratara de un sector del ordenamiento jurídico de carácter sistemático y orgánico, dotado de coherencia interna y propias normas y principios, no resiste tal caracterización, como demuestra, sin más, el Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, que no pasa de ser una concatenación de normas inconexas, y en el que, por cierto, ni siquiera se ha conseguido *armonizar* el ámbito subjetivo de aplicación. [Cursiva de la autora]
[...].

Centrándome únicamente en los intereses económicos, y sin ánimo de exhaustividad, es forzoso recordar los instrumentos de tutela elaborados en los últimos años en los sectores de la propiedad industrial, competencia desleal y libre competencia, así como en materia de publicidad comercial, control de las condiciones generales de contratación, seguros, crédito al consumo o contratación.

Pues bien, esta breve exposición confirma sin asomo de duda que el pretendido Derecho del Consumo o de los consumidores, más que un *Derecho*, es una política social especial comprendida en la política general, cuyo desarrollo normativo, a la luz de nuestra Constitución económica (ex arts. 51 y 53), no conforma un sector autónomo del ordenamiento, sino que, al nutrirse de un conjunto de reglas jurídicas heterogéneas, se fragmenta necesariamente en sectores diversos del ordenamiento jurídico, según sea la naturaleza y contenido material de la norma, como no ha podido dejar de reconocer el Tribunal Constitucional, a pesar de la tibieza con que se ha enfrentado como regla a esta cuestión. [Cursiva de la autora]

españoles, generando problemas de constitucionalidad [...]» [CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 1 TRLGDCU» (2011) pp. 85-89].

¹⁷⁴ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 59 TRLGDCU» (2011) pp. 482-483. GARCÍA VICENTE, a propósito del derogado artículo 59 TRLGDCU: «La deriva conceptual de considerar a los contratos de consumo “mercantiles” carece de rigor y, tal vez, se justifica en la salvaguardia de la unidad de mercado o, dicho de otro modo, expresa una elección de legislador estatal en la lucha entre títulos competenciales» [«Comentario del artículo 59 TRLGDCU» (2009) p. 760, v. desde p. 758, también p. 761, y pp. 764-765].

En concreto, tratándose de los contratos con consumidores deben sistematizarse como cualesquiera otros convenios en atención a su causa y naturaleza, y, ubicarse, con arreglo a ellas, en su sede correspondiente. [Cursiva nuestra]

Esta reglamentación debe ser además uniforme para todo el Estado, no solo porque así lo exige el principio de unidad de mercado avalado por la Constitución, sino, sobre todo, por la naturaleza de las normas implicadas que son, sin duda, de carácter mercantil. Pues, como he recordado antes, no puede cuestionarse, sin negar los hechos, que este sector del ordenamiento nació y se desarrolló en atención a las exigencias del tráfico profesional de los comerciantes/empresarios, que fue y es, por principio, un tráfico de intermediación de los empresarios con terceros, sin otra calificación. [Cursiva nuestra]

Es más, con fundamento en la llamada *doctrina de los actos mixtos* es posible concluir que, incluso las disposiciones del vigente Código de Comercio, no están destinadas sólo a regular la organización y el estatuto del empresario, sino que se aplican, mediante la derogación de las normas correspondientes del Derecho civil, también a los no comerciantes, es decir, a cualesquiera ciudadanos que, por la vía de los actos de consumo, contratan directamente con aquellos. [Cursiva de la autora]

Esta apreciación viene siendo compartida por los últimos textos legislativos, ya sea porque se inclinan abiertamente por el carácter mercantil de los contratos que regulan; ya sea porque remiten, como normas de aplicación supletoria, a las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles (vid. arts. 19, 59 y 142 TRLCU, por ejemplo). Esta circunstancia constatada definitivamente el carácter mercantil de la disciplina ya que es evidente que la referencia a los contratos mercantiles solo tiene sentido si el contrato es mercantil, actuando el Derecho Civil como supletorio en aplicación del sistema de fuentes previsto en el art. 50 del Código de Comercio». [Cursiva nuestra]¹⁷⁵.

[60] La anterior situación la modificó el *vigente* artículo 59.2.I TRLGDCU (redacción por Ley 3/2014). En su virtud, «[I]os contratos con consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, *por el derecho común aplicable a los contratos*» (cursiva nuestra)¹⁷⁶. Las anteriores «*disposiciones legales que regulan los*

¹⁷⁵ GALLEGO, *RDM*, núm. 287, Enero-Marzo (2013) pp. 14-15; similares palabras de la autora se encuentran en su trabajo para el ACM (2014) pp. 351-353. Sobre la unidad de mercado, CÁMARA LAPUENTE: «Asimismo, es de sobra conocida la doctrina constitucional sobre los difíciles contornos del principio de unidad de mercado, en el sentido de no significar uniformidad y admitir diversidad de regímenes jurídicos por efecto de las competencias autonómicas, siempre que se cumplan tres requisitos: que la regulación autonómica se dicte en el ámbito competencial propio, que sea proporcionada al objeto legítimo que persigue y que quede a salvo en todo caso la igualdad básica de los españoles (v.g. SSTC 88/1986 de 1 de julio y 64 /1990, de 5 de abril; [...])» [«Comentario del artículo 1 TRLGDCU» (2011) p. 84].

¹⁷⁶ (1) El artículo 59.2 TRLGDCU continúa: «La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en

contratos civiles y mercantiles» se sustituyen por «*el derecho común aplicable a los contratos*»¹⁷⁷. En el Preámbulo de la Ley 3/2014 no se hace expresa referencia a ese cambio normativo.

Y consecuencia del mismo es que, por ejemplo, para la *compraventa con consumidores y en el ámbito del Derecho estatal*

esta Ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa./ No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea».

(2) Según el núm. I del Preámbulo de la Ley 3/2014: «La directiva [2011/83/UE] supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados *bajo un enfoque de armonización plena*, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias./ En consecuencia, mediante esta ley se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE./ *El enfoque de armonización plena al que responden la mayor parte de las disposiciones de la directiva que ahora se integran en el texto refundido hace preciso clarificar el ámbito de aplicación de la norma y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con la regulación sectorial en materia de protección de los consumidores y usuarios. Por ello, mediante la nueva redacción del artículo 59.2 del texto refundido se aclara esta cuestión y se garantiza en todo caso la aplicación de aquellas normas sectoriales que, partiendo del nivel de protección previsto por la legislación general, otorguen una mayor protección de los consumidores y usuarios, siempre que respeten en todo caso el nivel de armonización que establecen las disposiciones del derecho de la Unión Europea*» (cursiva nuestra).

¹⁷⁷ (1) V. CORDERO LOBATO, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9 (2014) p. 5 (3.ª) para el vigente artículo 59.2 TRLGDCU, y p. 4 para el derogado artículo 59.2 TRLGDCU; GARCÍA VICENTE para el derogado artículo 59 TRLGDCU, «Comentario del artículo 59 TRLGDCU» (2009) pp. 758-760, 761-762; v. también del mismo autor (2013) 2.ª ed. núms. 2, 6, 7 pp. 1631-1632, núms. 28-42 pp. 1636-1639.

(2) En otro orden de consideraciones, en su análisis crítico del proyectado Código Mercantil, GARCÍA RUBIO, critica el empleo de la locución Derecho común en el núm. VII-15 de la EM del PCM1.ª –con idéntica redacción el núm. VII-15 de la EM del ACM–: «Por otro lado, tampoco quiero dejar de apuntar que como proyecto de Código, la PCM tiene graves deficiencias de índole estrictamente técnica. Así entre otras cosas, cabe señalar que, como se pone de relieve en el Informe del Grupo ACTUALIZA ya citado, la PCM maneja expresiones y conceptos totalmente superados hoy, como el de Derecho común, utilizado en el punto VII.15 de la Exposición de Motivos, o el de incapacidad [...]» (*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) p. 24; para el Grupo ACTUALIZA *infra* nota 352 y [156]).

Según el mentado núm. VII-15 de la Exposición de Motivos del ACM: «Pero ello no supone que esta sea una nueva forma de entrega; la eficacia traslativa que resulta del título de tradición es la mera consecuencia de aplicar las normas generales del Derecho privado, si bien estas se ven modalizadas porque el derecho a la restitución se documenta en un título-valor, lo que comporta normas especiales de tutela de los terceros adquirentes de buena fe. Y son también las reglas del *Derecho común* las que determinan el alcance y límites que deben reconocerse a la *traditio* realizada a través de los títulos, de forma que en caso de conflicto entre el adquirente de buena fe del título y de la posesión inmediata de las mercancías mismas, prevalecerá el segundo» (la primera cursiva es nuestra). En el núm. VII-5 de la EM del ACM también se emplea la locución *Derecho común*.

(art. 1.1 *in fine* TRLGDCU), si una concreta cuestión jurídica no la regula el TRLGDCU, habrá de acudirse supletoriamente a los artículos 1445 y ss. CC y a las normas generales de las obligaciones y de los contratos de los Títulos I y II del Libro IV del CC (arts. 1088 ss.). Pues, hoy por hoy, la compraventa con consumidores es civil y no mercantil (*cf.* arts. 325, 326 CCO)¹⁷⁸.

A Gallego le sorprende el cambio de redacción del artículo 59.2.1 TRLGDCU, y señala que «[d]ado que, en el ámbito de la normativa sobre consumo, el legislador no suele ser especialmente preciso al utilizar las categorías jurídicas no se sabe si con la expresión “*derecho común aplicable a los contratos*” ha querido excluir el Derecho Mercantil o, simplemente, como parece más razonable, los derechos forales y la normativa autonómica» (cursiva del original)¹⁷⁹. En mi opinión, sí parece excluido el Derecho mercantil contractual en ese artículo.

A) Sabido es que la protección de los consumidores y usuarios es materia pluridisciplinar, no contemplada expresamente en los artículos 148 y 149 CE. En su exposición de los criterios del Tribunal Constitucional sobre la distribución competencial entre el Estado y las CCAA para aquella materia y la del derecho civil, Cámara Lapuente informa (2011):

¹⁷⁸ Sintetiza los argumentos manejados para la calificación civil/mercantil de la compraventa con consumidores, CÁMARA LAPUENTE: «b) Respecto a la “*compraventa de consumo*”, como expresión paradigmática de los llamados “actos mixtos” [...], el desacuerdo doctrinal también es patente. En favor de su carácter mercantil, generalmente sostenido por la doctrina mercantilista, se alega: a) que resultaría un contrasentido no considerarlas mercantiles cuando esa compra del consumidor es, a la vez una reventa para el empresario, con ánimo de lucro y es, precisamente, el instrumento fundamental de su actividad; b) que es suficiente con la presencia de un comerciante para el cual el contrato resulta un acto de comercio (arts. 2 y 325 CCom); c) que los arts. 83-87 regulan determinados aspectos de las ventas celebradas dentro de establecimientos mercantiles y en ferias y en mercados que son reventas de consumo, de forma que, aplicando el criterio de la “inclusión formal” en el CCom, serían compraventas mercantiles; d) que, de lo contrario, el CCom quedaría reducido a una ley sólo para comerciantes, en contra de sus finalidades originarias y de la proclamación del art. 2 CCom./ En cambio, en favor del carácter civil de la compraventa de consumo (y, en general, de los contratos de consumo), tanto la doctrina civilista en su conjunto, como una parte de la doctrina mercantilista alegan: a) que el art. 326.1.º prácticamente no deja lugar a la duda: [...]; b) que resultan más beneficiosas para la parte débil en la contratación (consumidor) la aplicación de las reglas civiles que las mercantiles; c) que los arts. 83-87 CCom se refieren fundamentalmente a aspectos propios de los derechos reales, sin apenas incidencia en la configuración contractual de la compraventa; y en todo caso, no sirven para enervar el claro tenor del art. 326.1.º CCom; d) el empresario puede dedicarse profesionalmente a realizar actos civiles, que no dejarán de ser civiles porque los efectúe un empresario. Si a todo esto se suma que el Tribunal Supremo, invariablemente, viene calificando como civil la compraventa de consumo y que no parece existir una base legal clara para optar por una solución intermedia que preconizase que el mismo contrato deba regirse por leyes distintas para las obligaciones de cada parte contractual, parece más abonado suscribir el carácter civil de estos contratos. [...]» [(2008) pp. 107-108]. Sobre la compraventa de consumo empresarial, FENOY PICÓN (1996) [156]-[158] pp. 248-257.

¹⁷⁹ GALLEGO (2014) p. 354.

«En relación con *materias de Derecho civil contenidas en el TR-LGDCU*, para las que el Estado tiene competencia exclusiva, sin perjuicio del Derecho civil foral o autonómico y con respeto a las materias reservadas por el 149.8 *en todo caso* al Estado, es interesante resumir algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional: (i) la regulación de aspectos relativos a la *perfección de los contratos, la determinación de las obligaciones contractuales y la responsabilidad contractual* corresponden al Estado (STC 264/1993, [...]). (ii) La regulación puramente administrativa relativa a modalidades de venta por el legislador autonómico es válida (SSTC 88/1986, [...], y 62/1991 [...]), mientras que la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia exclusiva atribuida al estado por los arts. 149.1.6.º y 8.º (STC 62/1991, [...]). (iii) El régimen de las *condiciones generales de los contratos y de las cláusulas abusivas* corresponde a la competencia exclusiva del Estado (SSTC 71/1982, 62/1991 y, [...], STC 157/2004 [...]). (iv) La simple reproducción por la legislación autonómica de la regulación estatal del contenido de los contratos incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias (STC 62/1991 [...], con cita de la STC 10/1982). (v) En cuanto a la configuración y desarrollo normativo del *derecho del consumidor a la información precontractual*, con el correlativo deber de informar del empresario, excede del ámbito competencial de las comunidades autónomas si se trata de consagrar una nueva obligación civil o mercantil, cuya infracción tenga efectos jurídicos privados, pero no tiene reproche alguno de inconstitucionalidad cuando la norma autonómica se limita a establecer medidas administrativas [...] para asegurar que el empresario cumple tales deberes [...]. (vi) Son inconstitucionales las normas autonómicas que disponen un *régimen de responsabilidad civil por daños* (STC 71/1982 [...]). A todo ello hay que añadir la interpretación del Tribunal Constitucional que, en algunos casos, para salvar disposiciones autonómicas que establecen obligaciones “contractuales”, entiende que no incorporan ninguna consecuencia jurídica *interprivatos* en caso de contravención [...]» (cursiva del original)¹⁸⁰.

2.3 Algunos aspectos de la regulación de la compraventa del PCCCat. La *Nachfrist* y la resolución del artículo 621-41 PCCCat. El artículo 621-13 PCCCat.

[61] Según la EM del PCCCat.: «[I]a llei pretén assolir *una regulació unificada del contracte, sense establir dos textos paral·lels per a la compravenda en general i la compravenda de consum respectivament*, per a promoure una interpretació integradora de la com-

¹⁸⁰ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 1 TRLGDCU» (2011) pp. 88-89.

pravenda, i sens perjudici de les normes que es contenen en el Codi de Consum de Catalunya» (cursiva nuestra).

[62] Para caracterizar a la compraventa con consumidores, el artículo 621-2.1 PCCCat. emplea el criterio de que el vendedor actúe con un propósito *relacionado con su actividad empresarial o profesional*, y el comprador con uno *principalmente* ajeno a dichas actividades (en el art. 621-1 PCCCat. se define la compraventa, *infra* [80])¹⁸¹. Según la EM del PCCCat., para la compraventa con consumidores se han tenido en cuenta a la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo* (Directiva 1999/44/CE en lo sucesivo)¹⁸² y a la Directiva 2011/83/UE¹⁸³.

[63] El artículo 621-41 PCCCat. se ocupa del *remedio de la resolución*¹⁸⁴, precepto de carácter general en el sentido de que se aplica a la compra con consumidores y a la que no lo es. El artículo admite como causas de resolución la del incumplimiento esencial –al que define (aps. 1 y 2)–; la de la *Nachfrist* y la resolución (ap. 3); y la resolución anticipada (ap. 4). En la forma de ejercicio del remedio de la resolución, se acoge el modelo de la resolución mediante comunicación (notificación) a la otra parte, excepto que el acreedor hubiera dispuesto la resolución automática para el caso de la *Nachfrist* y la resolución (ap. 5).

¹⁸¹ Artículo 621-2 PCCCat.: «Compravenda de consum/ 1. La compravenda es considera de consum quan el venedor actua amb un propòsit relacionat amb la seva activitat empresarial o professional i el comprador amb un propòsit principalment aliè a aquestes activitats./ 2. En la compravenda de consum és ineficaç qualsevol pacte, clàusula o estipulació que modifiqui, en perjudici del consumidor, el règim imperatiu de protecció establert per la llei».

¹⁸² DOCE 7.7.1999, L 171/12 y ss.; la Directiva 2011/83/UE modificó algún aspecto de la Directiva 1999/44/CE.

¹⁸³ EM del PCCCat.: «La regulació de la compravenda de consum incorpora les normes establertes per les Directives comunitàries en la matèria (Directiva 1999/44/CE [...] i té en compte la Directiva 2011/83/UE [...]). La caracterització de la compravenda de consum és així la tradicional, conforme amb la qual el venedor actua amb un propòsit relacionat amb la seva activitat empresarial o professional i el comprador ho fa amb un de diferent a les activitats esmentades. Nogensmenys, s'ha seguit el criteri extensiu segons el qual les persones jurídiques poden ser considerades consumidores».

¹⁸⁴ El artículo 621-37 PCCCat. señala el elenco de los remedios del comprador y del vendedor por incumplimiento, además de otras normas: «Remeis/ 1. El comprador i el venedor, en cas d'incompliment de les obligacions respectives, poden:/ a) Exigir el compliment específic, que, en el cas del comprador, inclou la reparació o la substitució del bé no conforme./ b) Suspènre el pagament del preu o, en el cas del venedor, el compliment de les seves obligacions./ c) Resoldre el contracte./ d) Reduir el preu, en el cas del comprador./ e) Reclamar la indemnització de danys i perjudicis./ 2. El comprador y el venedor poden acumular tot els remeis que non siguin incompatibles i, en tot cas, amb la indemnització de danys i perjudicis./ 3. En cas que el venedor no pugui lliurar el bé per causes imputables al comprador s'aplica allò establert per l'article 621-16./ 4. El comprador o el venedor que ha provocat l'incompliment de l'altre no pot recórrer a cap d'aquests remeis». El citado artículo 621-16 PCCCat. regula la entrega frustrada (Lliurament frustrat). V. artículo 621-43 PCCCat. (Remeis del comprador en cas de drets i pretensions de tercers).

La *Nachfrist* y la resolución se aplican al incumplimiento *del retraso en el cumplimiento, no esencial*. Si el vendedor o el comprador no cumplen en el plazo adicional adecuado a las circunstancias que le hubiere notificado la otra parte, esta última podrá resolver la relación de compraventa.

A) Artículo 621-41 PCCCat.: «Resolució del contracte

1. El contracte es pot resoldre si l'incompliment de l'altra part és essencial.

2. Es considera essencial l'incompliment que priva substancialment a l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte.

3. El retard en el compliment que no sigui essencial permet resoldre el contracte si el comprador o el venedor no compleixen en el termini adicional de compliment que li hagi notificat l'altra part i que sigui adequat a les circumstàncies. El termini adicional es considera raonable si la part no s'hi oposa sense dilació indeguda.

4. En tot cas, es pot resoldre anticipadament el contracte si l'altra part declara o evidencia de qualsevol altra manera l'incompliment essencial de les seves obligacions.

5. La facultat de resolució s'exerceix mitjançant notificació a l'altra part, tret que en notificar el termini adicional a què fa referència l'apartat 3 s'hagi establert que la resolució és automàtica al seu venciment».

[64] A diferencia de la normativa estatal (art. 66 *bis* TRLGDCU), la transposición del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE al PCCCat. no se realizaría en un único precepto. Si la *Nachfrist* y la resolución del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE puede reconocerse en el artículo 621-41.3 PCCCat. –pero en este último aquella posee un alcance mayor por aplicarse a las obligaciones del vendedor y a las del comprador si hay *retard en el compliment*, y por aplicarse a la compraventa con consumidores y a la que no lo es–, la norma del plazo para la entrega del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE puede reconocerse en el artículo 621-13 PCCCat.

Y la norma de la no necesidad de fijar un plazo suplementario cuando el vendedor se niega a entregar el bien, y cuando se pactó un término esencial y se incumplió, del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE puede reconocerse en el artículo 621-13.3, poseyendo también este precepto un alcance general en el sentido de aplicarse a la compraventa con consumidores y a la que no lo es. Esos casos –de negativa del vendedor a entregar y de incumplimiento del término esencial– serían supuestos de incumplimiento esencial, el cual permite la inmediata resolución de la relación de compraventa (art. 621-41, apartados 1, 2 y 4, PCCCat.).

A) Artículo 621-13 PCCCat.: «Temps de compliment

1. *El venedor* ha de lliurar el bé sense dilació indeguda si no s'ha pactat un termini o si el moment de lliurament no pot ser determinat d'una altra manera.

2. *En la compravenda de consum, el venedor* ha de lliurar el bé sense demora indeguda i en un termini màxim de 30 dies des de la conclusió del contracte, llevat de pacte en contrari.

3. *Si el venedor no lliura el bé tempestivament, el comprador l'ha de requerir a fer el lliurament en un termini adicional adequat a les circumstàncies, llevat que:*

- a) *El venedor s'hagi negat a lliurar el bé*¹⁸⁵ o,
- b) *El termini de lliurament sigui essencial*» (cursiva nuestra).

2.4 La ubicación sistemática del artículo 66 bis TRLGDCU: la oportunidad de su traslado al Título IV del Libro II del TRLGDCU

[65] La Ley 3/2014 situó al artículo 66 *bis* TRLGDCU en el Libro II –*Contratos y garantías*– Título primero –*Contratos con los consumidores y usuarios*– Capítulo primero –*Disposiciones generales*– del TRLGDCU (arts. 59 a 67)¹⁸⁶. Los Títulos I y II del Libro II del TRLGDCU contienen lo que puede considerarse una *teoría general, básica y específica de las obligaciones contractuales del empresario con el consumidor*.

[66] En el año 2013 entendí –sigo entendiéndolo– que la transposición del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE debía hacerse en el Título del TRLGDCU en el que se regula la garantía legal (u obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato). Esto es, habría de incorporarse al hoy *Título IV del Libro II del TRLGDCU* (anterior Título V del Libro II¹⁸⁷; arts. 114 ss. TRLGDCU). Fundamenté mi opinión en que el artículo 18 de la Directiva 2011/83/

¹⁸⁵ EM del PCCCat: «Es regulen detalladament les circumstàncies de l'obligació de lliurament (temps i lloc) i s'incorporen al dret de la compravenda el tractament normatiu de la qüestió relativa a la negativa injustificada del comprador a rebre el bé. [...]».

¹⁸⁶ Lugar para la transposición del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE defendido por CORDERO LOBATO: «En cuanto al resto de disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva [2011/83/UE] (arts. [...], 17 a 22, [...]), el Legislador estatal tendrá que decidir si sólo dispone la aplicación de estas reglas a los contratos incluidos en el art. 3 de la Directiva o si, por el contrario, dispone su aplicación general a cualesquiera contratos de consumo sujetos al TRLCU de conformidad con lo dispuesto en sus arts. 1 a 7. *No vemos razones para no disponer una aplicación generalizada de este nuevo régimen a cualesquiera contratos celebrados con consumidores. La transposición de estas reglas generales podría realizarse introduciéndolas entre las disposiciones generales aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, en el Libro II del TRLCU, destinado a regular los contratos y las garantías (arts. 59 a 67 del TRLCU)*» [cursiva nuestra; *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2012) núm. 1 pp. 113-114].

¹⁸⁷ Artículo único, Veintiocho de la Ley 3/2014: «En el libro II se modifica el título III y se suprime el contenido del título IV, pasando el título V a enumerarse como IV. [...]».

UE se aplica a la compraventa, lo que especifica el artículo 17.1 de dicha Directiva. El artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE venía a completar la regulación que para el contrato de compraventa inició la Directiva 1999/44/CE con su regulación de la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato (hoy arts. 114 y ss. TRLGDCU; con anterioridad Ley 23/2003).¹⁸⁸

2.5 El ámbito subjetivo del artículo 66 bis TRLGDCU: el consumidor, el empresario y el vendedor

[67] Siendo la leyenda del artículo 66 bis TRLGDCU la de la «[e]ntrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta», luego, en su interior, no se emplean los términos vendedor y comprador, sino los de *empresario* y *consumidor* y *usuario* (consumidor en lo sucesivo¹⁸⁹) (*cf.* arts. 2 y 59.1 TRLGDCU). Los artículos 3 y 4 TRLGDCU concretan, *con carácter general y respectivamente*, quiénes son consumidores y empresarios a efectos del TRLGDCU, con las salvedades dispuestas en los Libros III y IV del TRLGDCU. La redacción de los vigentes artículos 3 y 4 TRLGDCU procede de la Ley 3/2014, que, entre otras cosas, los ha adaptado a la Directiva 2011/83/UE.

[68] Los textos del derogado artículo 3 TRLGDCU, del artículo 2.1 de la Directiva 2011/83/11, y del vigente artículo 3 TRLGDCU son los siguientes.

A) Derogado artículo 3 TRLGDCU: «Concepto general de consumidor y usuario

¹⁸⁸ También consideré –sigo considerándolo– que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE que fija las normas de distribución del riesgo por la pérdida o el deterioro del bien entre el vendedor-empresario y el comprador-consumidor cuando media transporte, había de incorporarse al entonces Título V (ahora Título IV) del Libro II del TRLGDCU. Si así se hubiera procedido, el resultado hubiera sido que en el Título IV del Libro II del TRLGDCU se incluirían como especialidades de la compraventa con consumidores: (1) la del plazo para la entrega del bien, y su posible incumplimiento y funcionamiento del remedio de la resolución; (2) la de la obligación de entregar un producto conforme con el contrato; y (3) las reglas de distribución del riesgo de pérdida o deterioro del bien mediante transporte del mismo. Pero el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE se ha transpuesto en el artículo 66 *ter* TRLGDCU (Libro II, Título I, Capítulo 1 del TRLGDCU). V. FENYO PICÓN, *ADC* (2013) [2]-[3] pp. 721-722, [44]-[45] pp. 809-811, y [46]-[50] pp. 812-829.

CARRASCO PERERA entiende: «Las nuevas normas [arts. 66 bis y 66 ter] introducidas por la Ley de reforma [3/2014] se integran entre las normas generales de la contratación con consumidores, pero en este caso su supuesto de hecho es no sólo típico, sino exclusivo, del contrato de compraventa. En el fondo, es un complemento del régimen de conformidad del Libro II, Tit. V, y seguramente allí hubiera tenido mejor acomodo, al menos el art. 66 bis, toda vez que se trata, como en la falta de conformidad, de un supuesto de incumplimiento obligacional por el vendedor y de una regulación singularizada de un tipo de remedio (resolución contractual) frente a dicho incumplimiento» [*Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014) núm. 9, pp. 35-36].

¹⁸⁹ V. la nota siguiente.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios¹⁹⁰ las personas físicas o jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional¹⁹¹».

B) Artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “consumidor”: toda persona física que, en contratos regulados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión; [...].»

C) Vigente artículo 3 TRLGDCU: «Concepto general de consumidor y usuario

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

[69] Al comparar los *derogado* y *vigente* artículos 3 TRLGDCU se constatan algunas diferencias, entre otras: (1) el actuar del consumidor en un ámbito ajeno a una actividad empresarial del *derogado* artículo 3 TRLGDCU¹⁹², se transforma en el actuar con un propósito

¹⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE: «El TR-LGDCU ha exacerbado una tendencia a hacer del concepto técnico-legal de “consumidor” un sintagma bimembre, “consumidor o usuario” o “consumidor y usuario”, sin que quede del todo claro ni la necesidad de ambos sustantivos [...] ni la intencionalidad del uso de la conjunción copulativa o de la disyuntiva [...]» [cursiva del autor; «Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) p. 128]; «Si partimos de la consolidada idea de que el “usuario” es simplemente el consumidor de servicios, es decir, el beneficiario de una prestación de servicios, los cuales, en propiedad, no se “consumen”, como ocurre con ciertos productos, sino que se usan (lo mismo que los bienes muebles no consumibles), los dos términos se distinguen sólo por el tipo de relación jurídica a que hacen referencia (ambas englobadas en el verbo “actuar” del art. 3 TR-LGDCU) y, con ese matiz a salvo, pueden considerarse sinónimos [...]. Pues bien, la opción reiterativa del TR merece dos críticas: por una parte, que por economía legislativa y sin grave desdoro de la precisión técnica, quizás hubiera sido deseable no emplear el tenaz sintagma “consumidor y/o usuario” a lo largo de todo el articulado, sino, una vez definidos ambos vocablos con una sola definición (art. 3 TR-LGDCU) descargar el texto a la manera en que lo han hecho las leyes o estatutos de algunas Comunidades Autónomas: [...]» (*op. cit.* p. 129).

En otro plano, CÁMARA LAPUENTE: «En conclusión, hoy por hoy, el “concepto general de consumidor y usuario” del art. 3 TR-LGDCU no admite modulaciones en función de la competencia del consumidor, ni al alza ni a la baja (consumidor experto, medio o vulnerable). Cuestión distinta es la posibilidad de tomar en consideración si el Derecho de consumo ha llegado a un estado de madurez que pudiera aconsejar evitar la sobreprotección [...] o bien se ha de primar la seguridad jurídica de las categorías asentadas sin hacer entrar en juego mudables factores sociológicos» (cursiva del autor; *op. cit.* p. 142; v. pp. 142-143).

¹⁹¹ Sobre la persona jurídica como consumidor del artículo 3 TR-LGDCU, v. CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) pp. 131-133, en particular a partir de la p. 132.

¹⁹² CÁMARA LAPUENTE: «Conviene destacar que la dicción del [derogado] art. 3 TR-LGDCU alude a actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial, no a su activi-

ajeno a su actividad empresarial del vigente artículo 3.I TRLGDCU¹⁹³;

dad empresarial, como hacen las directivas, lo que, por una parte, amén de apartarse del literal comunitario, introduce una diferencia con la definición de empresario del art. 4 y, por otra parte, refuerza la interpretación más correcta sobre la exclusión de todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con el área principal o la especialización del empresario [...] / [...] / Lo difícil será especificar qué actos quedan dentro de ese ámbito empresarial o profesional y, en consecuencia, quedan excluidos de las normas de protección del TR-LGDCU. Para ello será de gran ayuda, dentro de la interpretación positiva o integradora que se patrocina con base en la EM del TR-LGDCU [...] acudir a la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el art. 1 LGDCU (= § III.3 EM del TR) en busca de una lectura fácilmente congruente con el nuevo concepto legal [el del art. 3 TRLGDCU]. Es posible perfilar a grandes trazos tres grupos de supuestos de actividades eminentemente empresariales o profesionales: en primer lugar, los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales [...]. En segundo lugar, los supuestos en que un empresario o profesional entabla relaciones jurídicas “disfrazado de empresario” cuando en realidad quiere el bien o servicio para usos enteramente privados; [...] / En tercer lugar, también son actos realizados dentro de una actividad empresarial o profesional [a] los realizados para garantizar una mejor “organización” profesional (como uno de los rasgos, la organización, que define la actividad empresarial o profesional), los realizados para incorporar los bienes o servicios, directa o indirectamente, según resalta expresamente la EM del TR-LGDCU, en [b] procesos de producción, [c] de comercialización o [d] de prestación de servicios. Como se puede apreciar, el primero [a] se infiere de la nueva definición, aunque la jurisprudencia española ya venía descartando este tipo de actos empresariales con los parámetros del art. 1 LGDCU, y los otros tres [b, c, d] traen causa de este precepto y han sido aplicados con toda corrección por los tribunales españoles incluso en los supuestos limítrofes a los que hoy apela la EM del TR como “incorporación indirecta” en esos procesos propios del mercado y la actividad económica. / a) Entre los actos que garantizan una mejor organización empresarial o profesional y, por ende, excluyen a quien los realiza de la calidad de consumidor, pueden comprenderse la contratación de servicios financieros, [...], la concertación de seguros [...], la contratación de hipotecas para garantizar préstamos para la construcción de viviendas o la adquisición de locales empresariales [...], la contratación de servicios de prevención de impagados o cobro de morosos [...] o la contratación de servicios de consultoría para mejorar el rendimiento empresarial [...] / b) Entre la contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de producción, pueden comprenderse la adquisición de bienes de equipo, fundamentalmente, maquinaria [...], productos para transformar o reelaborar, como materias primas, pertenencias, objetos que se ensamblan o integran en otros, etc. [...], productos accesorios pero necesarios para el proceso de fabricación o producción [...], entre los que cabe comprender muy especialmente las energías [...], la electricidad [...], los herbicidas [...], etc. / [...] / c) Entre la contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de comercialización, cabe incluir los vehículos adquiridos para prestar servicios comerciales [...], los productos adquiridos para venta [...], la contratación de servicios de publicidad o marketing [...] o la maquinaria empleada para estrictas labores de comercialización de bienes [...] / [...] / d) Entre los bienes o servicios que se incorporan en procesos de prestación de servicios a terceros, pueden mencionarse la contratación de servicios de arquitectura [...], consultoras [...], abogados [...] y otros profesionales para emplear esos servicios en otros de cara a terceros o para mejorar el propio servicio o funcionamiento empresarial o profesional [...]; también los servicios accesorios prestados para mejor funcionamiento del transporte de viajeros [...]. Asimismo, cabe incluir aquí el empleo no ya de servicios, sino de bienes para prestar servicios a terceros, como ocurre con máquinas recreativas [...], impresoras [...], fotocopiadoras [...], ordenadores [...], grupos electrógenos o transformadores eléctricos [...], o en recintos de acampada [...], ascensores [...], teléfonos móviles para atender llamadas de empresa [...], aspiradores industriales [...] y, en general, cualesquiera aparatos que “contribuyen a que el actor preste sus servicios a terceros en las condiciones mejores” [...]; frase esta en la que puede apreciarse el que la incorporación de los bienes a tales procesos puede ser también “indirecta” (EM del TR)» [«Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) pp. 135-138; v. hasta p. 141].

¹⁹³ Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ: «Podría argumentarse que la utilización en la nueva norma [vigente art. 3 TRLGDCU] de la expresión “su actividad comercial” se hace con el fin de aludir únicamente a su actividad principal, de modo que si el bien o servicio

(2) en el vigente artículo 3 TRLGDCU se indica que el consumidor ha de actuar fuera de una actividad *comercial*, y *oficio* [cfr. art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE]; y (3) en el vigente artículo 3 TRLGDCU *expresamente* se indica que son consumidores las *entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial* (v. gr. una comunidad de propietarios)¹⁹⁴; Manuel Jesús Marín López considera esta modificación, frente al *derogado* artículo 3 TRLGDCU, «todo un acierto»¹⁹⁵.

En cambio, no se ha aprovechado la Ley 3/2014 para hacer otras mejoras en el concepto de consumidor¹⁹⁶. Y al respecto: (1) no se ha dispuesto una específica regla para la conocida cuestión de que un particular actúe a través de un empresario para contratar con otro

contratado se usa para fines no directamente relacionados con esa actividad principal, será considerado consumidor./ Este razonamiento no convence. No es consumidor el adquirente del bien o servicio que lo destina a fines relacionados, directa o indirectamente, con su actividad empresarial. Por tanto, no es consumidor aquel que destina el bien a su actividad comercial, pero fuera del ámbito de su objeto o de su especialidad. La redacción del nuevo art. 3.I TRLGDCU no sirve para justificar la tesis contraria. Es más, la Exposición de Motivos del TRLGDCU señala que los bienes o servicios no deben incorporarse “directa” o “indirectamente” a los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Ninguna Directiva europea los califica como consumidores, y de hecho, la jurisprudencia del TJCE tampoco los reputa como tales, aunque contraten en ámbitos no directamente relacionados con su actividad comercial [...]. Repárese, además, que el nuevo art. 3.II sigue utilizando la expresión “ajeno a una actividad comercial” [cursiva del autor; *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9 (2014) pp. 11-12].

¹⁹⁴ Sobre el *derogado* artículo 3 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE: «La mención sólo de personas físicas o jurídicas deja en la sombra ciertas *entidades sin personalidad jurídica* que actúan en el tráfico frecuentemente como consumidores, fuera del ámbito de una actividad profesional, y que vienen siendo protegidas como tales por la jurisprudencia: así sucede con ciertas colectividades de personas y comunidades de bienes, como por ejemplo las comunidades hereditarias o, muy especialmente, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (en los últimos años, con abundantes sentencias en su favor en la declaración como abusivas de determinadas cláusulas sobre duración de los contratos de mantenimiento de ascensores, cláusulas penales relacionadas y cláusulas de sumisión expresa a fuero [...]). Parece juicioso interpretar que su protección como consumidores debe mantenerse con el art. 3 TR-LGDCU lo mismo que ocurría con el art. 1 LGDCU por interpretación jurisprudencial;» [«Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) p. 129].

¹⁹⁵ Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014) núm. 9 p. 15.

¹⁹⁶ En 2011, CÁMARA LAPUENTE proponía: «En caso de reforma legislativa del TR-LGDCU por el Parlamento –con competencia plena y no por delegación limitada– sería pertinente tomar en serio la revisión y mejora de los siguientes aspectos: *i*) revisar la mención de las personas jurídicas como consumidoras (desaparición, delimitación o extensión de la protección pero fuera de la definición del estricto consumidor persona física, [...]); *ii*) dar una solución expresa al problema de los “actos mixtos” o adquisiciones para doble uso [...] [v. notas 198 y 199]; *iii*) suprimir la engorrosa y a veces inexacta designación bimembre de “consumidores y usuarios” a lo largo del articulado (con una explicación en el art. 3 de que el término legal “consumidor” abarca ambos vocablos, como se ha hecho en la legislación de algunas Comunidades Autónomas [...] [v. *supra* nota 190]; *iv*) aclarar la existencia o no como requisito (¿en la exposición de motivos?) de la “falta de ánimo de lucro” en la actuación del consumidor [...]; *v*) explicitar quién tiene la carga de la prueba de la condición de consumidor [...]» [«Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) p. 148].

particular¹⁹⁷; y (2) tampoco se ha dado solución expresa a los conocidos «actos mixtos»¹⁹⁸; Manuel Jesús Marín López entiende que «[h]ubiera sido una buena ocasión para que esta cuestión quedara

¹⁹⁷ Vigente el *derogado* artículo 3 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE: «Un supuesto complejo que el art. 2 TR-LGDCU no llega a esclarecer es el que tiene lugar cuando un particular pretende realizar un acto jurídico (*v.gr.* vender su vehículo o un inmueble) a otro particular pero valiéndose del asesoramiento y representación de un profesional (un taller, un revendedor profesional de coches usados, un abogado). ¿Puede calificarse la relación entre los dos particulares como una relación de consumo? Ya se ha explicado que las relaciones entre particulares (CaC) no quedan incluidas en el TR-LGDCU, ya que el art. 2 exige que se entablen entre “consumidores o usuarios y empresarios”; sin embargo, la interposición del profesional (empresario en el entendimiento del art. 4), ¿alterará esa calificación y hará entrar la protección especial del TR-LGDCU al existir una relación entre empresario (representante) y consumidor?» [«Comentario del artículo 2 TRLGDCU» (2011) p. 100]. CÁMARA propone esta solución: «c) Podría resultar coherente con el tenor literal y la teleología del art. 2 TR-LGDCU trazar una distinción entre el consumidor que contrata con un empresario que actúa por cuenta de un particular (no empresario ni profesional), sin que el consumidor sea consciente de estar contratando a la postre con otro particular, y el consumidor que sabe que contrata con un representante o mandatario de alguien que no actúa en un ámbito profesional; en el primer caso sí podría ser acreedor de la protección prevista para los consumidores en el TR-LGDCU –con base en las categorías de la representación indirecta y el mandatario *proprio nomine* ex art. 1717 CC, al contratar en su propio nombre y sin explicitar la *contemplatio domini*; la doctrina de la buena fe en la contratación de los arts. 1258 y 7.1 CC; los actos propios y el abuso de derecho ex art. 7.2 CC y el literal del art. 2 TR-LGDCU–. En el segundo caso, la aplicación del TR-LGDCU quedaría descartada [...]. Se trata, en cualquier caso, de una cuestión controvertida y compleja que merece la atención del legislador en una futura revisión de la Ley para evitar la actual inseguridad jurídica en este punto» [*op. cit.* p. 102; *v.* del autor «Comentario del artículo 4 TRLGDCU» (2011) pp. 168-169].

¹⁹⁸ CÁMARA LAPUENTE: «¿*Quid iuris* cuando un abogado adquiere un teléfono móvil para emplearlo tanto en su ámbito profesional o como privado [*sic*], o cuando un veterinario compra un automóvil para ambos destinos? Ni el art. 3 TR-LGDCU ni las definiciones de las Directivas que le sirven de patrón dan respuesta a este interrogante. En teoría [...] es posible adoptar una de estas cuatro soluciones ante los actos mixtos: a) El contratante debe ser calificado *siempre como consumidor*, pues basta con que su actuación sea, al menos en parte, ajena a un ámbito empresarial o profesional. [...] b) El contratante mixto *nunca puede ser calificado como consumidor*, pues el destino debe ser exclusivamente privado y totalmente ajeno a un ámbito profesional. [...] c) El contratante mixto recibirá protección como consumidor *si el destino principal es ajeno a una actividad empresarial profesional*. [...] d) El contratante mixto sólo recibirá protección como consumidor *si el destino profesional es realmente marginal, insignificante*: no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo. Es la solución adoptada en la importante *STJCE 20.1.2005* (asunto *Gruber*), [...] En definitiva, cabe concluir que no existe jurisprudencia consolidada al respecto. Cualquiera de las soluciones extremas (a-b) o intermedias (c-d) cuenta con argumentos atendibles en su favor. En aras de la seguridad jurídica, *resulta imperioso que el legislador se pronuncie sobre este punto. Mientras tanto, parece preferible realizar una interpretación conforme del art. 3 TR-LGDCU con el Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor* (STJCE 3.7.1997, asunto *Benicasa* [...]), y, en consecuencia, de acuerdo con la *STJCE 20.1.2005* (*Gruber*), *sólo debería recibir protección como consumidor si el uso profesional es marginal e insignificante*. [...] Por último, cabe señalar que la calidad con la que se actuó en el momento de contratar (bien como empresario con su específico régimen sustantivo, procesal, contable, tributario, etc. o bien como particular o consumidor, aunque emplease parcial y minoritariamente el bien en tareas profesionales [...]) podría tener también cierta relevancia en el contexto de los actos mixtos de cara a la prueba del uso predominante o residual sobre la base del principio de buena fe en las relaciones contractuales y la doctrina de los actos propios» [cursiva del autor; «Comentario del artículo 3 TRLGDCU» (2011) pp. 144-146]. *V.* la nota siguiente.

definitivamente resuelta. En cualquier caso, ante la ausencia de una regla concreta en el derecho español, parece sensato adoptar el criterio establecido en ese Considerando [17] de la Directiva [2011/83/11], que por otra parte ya ha sido asumido por la jurisprudencia comunitaria (STJCE 20.1.2005; [...]). Se acoge así una noción restrictiva: es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Por lo tanto, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo»¹⁹⁹.

[70] Los textos del derogado artículo 4 TRLGDCU, del artículo 2.2 de la Directiva 2011/83/11, y del vigente artículo 4 TRLGDCU son los que siguen.

A) Derogado artículo 4 TRLGDCU:

«A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada»²⁰⁰.

¹⁹⁹ Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014) núm. 9 p. 13. Considerando (17) de la Directiva 2011/83/UE: «La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor». V. la nota anterior a esta.

²⁰⁰ CÁMARA LAPUENTE lleva a cabo diversas precisiones sobre «[l]as definiciones de las personas con las que entabla relaciones jurídicas el consumidor, según el acervo comunitario [...]» [cursiva del original; «Comentario del artículo 4 TRLGDCU» (2011) p. 155; pp. 155-156]. Entre ellas: «4.º) En cambio, sobre los otros dos elementos acogidos en el [derogado] art. 4 TR-LGDCU (actuar “en el marco de su actividad empresarial o profesional” y ser “pública o privada”) no existe plena convergencia en las Directivas de referencia y, por otro lado, existe un tercer elemento –considerar también comerciante a “toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante”– recogido en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (así como en el art. 2.b Directiva 2005/29 de prácticas comerciales desleales, en el art. 2.d Directiva 2006/114 de publicidad engañosa y en el art. 2.e Directiva 2008/122 de aprovechamiento por turno; y *cfr.* art. 2.2 de la Directiva 90/314 de viajes combinados), elemento que, en cambio, no ha sido incluido en el vigente [entonces, pero ahora derogado] art. 4 TR-LGDCU [...]» (*op. cit.* p. 156). Para el derogado artículo 4 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE indica: «¿cuál es el estatuto de los representantes del empresario, de quienes actúan por cuenta o en nombre del empresario? ¿Tienen a su vez consideración de empresarios –con su régimen de deberes y de responsabilidades frente al consumidor– para los efectos del TR-LGDCU o sólo el empresario en cuya *contemplatio domini* actúan está sometido a dicho estatuto especial? Parece que [...] avalan la idea de que quien actúa en nombre o por cuenta del empresario debe ser considerado también empresario a efectos del TR-LGDCU (sin perjuicio de que los efectos de la actividad puedan atribuirse al empresario principal conforme a las reglas generales del CC). En una futura reforma del art. 4, parece recomendable contemplar este rasgo, máxime cuando en el art. 5 TR-LGDCU (“concepto de productor”) sí se hace referencia a entender incluido como “productor” al fabricante o al prestador del servicio “o su intermediario”» (*op. cit.* p. 168, v. desde p. 167). Sobre el concepto general de empresario a efectos del TRLGDCU y su derogado artículo 4: CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.* pp. 160-169. *Cfr.* con el vigente artículo 4 TRLGDCU, transcrito en el cuerpo del texto en la siguiente letra C).

B) Artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...].

2) “comerciante”: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, *incluso a través de otra en su nombre o siguiendo sus instrucciones*, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva;» (cursiva nuestra)²⁰¹.

C) Vigente artículo 4 TRLGDCU: «Concepto de empresario

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe *directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones*, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (cursiva nuestra)²⁰².

[71] Comparando los *derogado y vigente* artículos 4 TRLGDCU: (1) se comprueba que la Ley 3/2014 considera empresario a quien actúe con un propósito relacionado con su actividad *comercial u oficio*. Y por ser el *comerciante un empresario a efectos del TRLGDCU*, en el artículo 66 *bis* TRLGDCU se emplea el término empresario (la Directiva 2011/83/UE emplea el de comerciante; *cfr.* su art. 18 *supra* nota 168); y (2) la Ley 3/2014 añade al derogado artículo 4 TRLGDCU la consideración de empresario, al que actúa *directamente* con el consumidor, y al que lo hace «a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito [...]»²⁰³.

[72] Frente al artículo 66 *bis* TRLGDCU, en los artículos 114 y ss. TRLGDCU se hace referencia al *vendedor*. Su adopción tiene causa en que ese es el término empleado por la Directiva 1999/44/

²⁰¹ Considerando (16) de la Directiva 2011/83/UE: «La presente Directiva no debe afectar al Derecho nacional en materia de representación legal, por ejemplo a las disposiciones sobre la persona que actúa en nombre del comerciante o por cuenta de éste (tales como un agente o un fideicomisario). Los Estados miembros deben seguir siendo competentes en esta materia. La presente Directiva debe aplicarse a todos los comerciantes, ya sean público o privados».

²⁰² Además del artículo 4 TRLGDCU, el artículo 5 TRLGDCU (no modificado por Ley 3/2014) define al productor. CÁMARA LAPUENTE se muestra crítico con el artículo 5 TRLGDCU, apuntando, entre otras cosas, que bastaría con la definición de empresario del (entonces vigente, ahora derogado) artículo 4 TRLGDCU [«Comentario del artículo 4 TRLGDCU» (2011) pp. 169-179; el autor considera más acertada la solución de «*suprimir por entero el art. 5 TR-LGDCU por su demostrado carácter innecesario, perturbador e inconsecuente* [...]», bastando para designar a la contraparte del consumidor el nuevo concepto de “empresario” del [derogado] art. 4 TR-LGDCU; en este caso, bastaría con [...]»: cursiva del autor, *op. cit.* p. 179]. El artículo 7 TRLGDCU se refiere al proveedor.

²⁰³ V. Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014) núm. 9 pp. 15-16; v. *supra* nota 200.

CE²⁰⁴. Ahora bien, el vendedor de los artículos 114 y ss. TRLGDCU es un proveedor que ha de ser *empresario* a efectos del TRLGDCU (arts. 7 TRLGDCU –no modificado por la Ley 3/2014– 2 y 4 TRLGDCU)²⁰⁵.

[73] Destacado lo anterior, y dado que la Ley 3/2014 prescindió de usar el término *comerciante* en el artículo 66 *bis* TRLGDCU, en mi opinión, hubiera sido adecuado que en el mismo se hubiera hecho referencia al vendedor, en lugar de al empresario. Pues ese vendedor *ha de ser empresario en el sentido del TRLGDCU* (arts. 2, 4, 7 y 59.1 TRLGDCU). Si así se hubiera hecho, *se habría evitado* tener que conocer el ámbito de aplicación del art. 66 *bis* TRLGDCU por su leyenda y por la Directiva 2011/83/UE. *Y también se hubiera evitado* que al leer el núm. II del Preámbulo de la Ley 3/2014, al no indicarse el artículo al que se refiere y hablar de *empresario* y consumidor, pueda generarse la idea –*que desmiente la leyenda del art. 66 bis TRLGDCU*– de que la *Nachfrist* y la resolución pueda aplicarse a *todo* contrato en el que el empresa-

²⁰⁴ Directiva transpuesta por Ley 23/2003, y refundida en el TRLGDCU (arts. 114 y ss. TRLGDCU; v. Artículo único y DD única, apartado 6, TRLGDCU). Artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE: «[...] / 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: / [...] / c) “vendedor”: cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional; / [...]».

²⁰⁵ Sobre el artículo 7 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE: «La definición contenida en el art. 7 TR-LGDCU es realmente *novedosa* en nuestro ordenamiento jurídico, a la par que *innecesaria* y –a diferencia del pernicioso concepto de “productor” del art. 5 TR-LGDCU– *inocua*» [«Comentario del artículo 7 TRLGDCU» (2011) p. 194; v. *supra* nota 202]. «En cualquier caso, esta categoría de tipo más económico que jurídico, que en Derecho español no se corresponde con ninguna figura contractual, ni típica, ni atípica [...], probablemente *tampoco era necesaria*, por quedar subsumida en la noción más general de “empresario” del art. 4 TR-LGDCU [...] y porque los elementos contenidos en la definición, en su amplitud, tampoco aportan gran cosa a la explicación de ser el suministrador/proveedor [...] o quien “suministra o distribuye productos” en el nuevo art. 7 TR-LGDCU» (*op. cit.*, p. 195); «Resulta acertado que el art. 7 TR-LGDCU explicita que el proveedor es un “empresario”, no sólo por dejar claro que este concepto es una especificación o subtipo de los empresarios recogidos en el art. 4 TR-LGDCU, sino también por otras dos razones: porque así se aclara [...] de esta forma, quedan claramente excluidas como relaciones de consumo las formas de distribución o suministro entre particulares, pues el proveedor siempre ha de ser un empresario (art. 7) y el adquirente, cesionario o usuario siempre ha de ser un consumidor (art. 2). Y también es una mención útil en el sentido de incluir con la remisión entre los proveedores a las personas físicas o jurídicas [...], ya sean esas personas o su actividad públicas o privadas» (*op. cit.*, p. 196); «En la actividad de suministrar o distribuir productos obviamente destaca por su frecuencia el empleo del contrato de compraventa. De hecho, en este sentido de ser el vendedor un tipo (destacado, pero no único) de proveedor es como habría de entender las palabras de la exposición de motivos del TR-LGDCU, cuando, tras recalcar el concepto de “proveedor” añade (con cierta imprecisión que podría evocar que se trata de conceptos dispares y no conexos en el sentido apuntado): “distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta Ley, actuando en el marco de su actividad empresarial”. No ha de entenderse, por tanto, que el término “vendedor” queda confinado a los arts. 114 y ss. sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sino que también ha de considerársele un proveedor del art. 7 TR-LGDCU;» (*op. cit.* pp. 197-198; todas las cursivas del autor). V. FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [18] nota 94 en pp. 752-753.

rio tenga la obligación de entregar un bien (¿un contrato de arrendamiento? por ejemplo). *Por último*, el empleo del término vendedor hubiera permitido la plena coordinación entre los artículos 66 *bis* y 114 y ss. TRLGDCU.

A) Núm. II del Preámbulo de la Ley 3/2014:

«Con respecto a la entrega de los bienes, la ley prevé que en aquellos casos en que el empresario no ha hecho entrega de los mismos en el plazo convenido con el consumidor y usuario, este último, antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al empresario a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tendrá derecho a resolver el contrato si el empresario tampoco entrega los bienes en dicho plazo adicional.»

2.6 El ámbito objetivo del artículo 66 *bis* TRLGDCU: el artículo 59 *bis.2* TRLGDCU. La hipótesis de su aplicación a los bienes inmuebles

[74] El artículo 66 *bis* TRLGDCU se refiere a *bienes*. El vigente artículo 59 *bis.2* TRLGDCU –añadido por Ley 3/2014– dispone que son bienes, *a efectos de aquél*, las cosas muebles corporales, y el agua, el gas y la electricidad si van envasados para su comercialización en volumen delimitado o cantidad determinada (*cf.* art. 115.2 TRLGDCU). Con el artículo 59 *bis.2* TRLGDCU se transpone al Derecho nacional el artículo 2.3) de la Directiva 2011/83/UE²⁰⁶.

A) Artículo 59 *bis* TRLGDCU: «Definiciones

[...].

2. A los efectos de este libro [II], título I, capítulo I, artículos 66 *bis* y 66 *ter*, y del título III, se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas».

B) Artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...].

3) “bienes”: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” en

²⁰⁶ V. FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [18] pp. 753-755, en particular nota 97, también nota 196 en p. 802.

el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas; [...].».

[75] Carrasco Perera ha destacado la suposición del artículo 66 *bis* TRLGDCU de que lo vendido «es una cosa única. Pero puede no serlo, como se revela por las hipótesis contempladas, para otros efectos, en el art. 104 (múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido; bien compuesto de diversos componentes o piezas; contrato de suministro periódico)²⁰⁷. El art. 66 *bis* tiene que cubrir también estas hipótesis, y aplicarse igualmente cuando el vendedor deje de cumplir la obligación de entrega de bienes sucesivos (o del último de ellos). En este caso, y por analogía, las cosas se desarrollarían como prevé el art. 73 del Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional^{208,209}.

²⁰⁷ Vigente artículo 104 TRLGDCU: «Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento/ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir de: / a) En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato./ b) En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien: / 1.º En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor y usuario en el mismo pedido y entregados por separado, el día que éste o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes./ 2.º En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza./ 3.º En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes./ c) En caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato».

²⁰⁸ Artículo 73 CISG: «1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega./ 2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable./ 3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato».

²⁰⁹ CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014) núm. 9 p. 39. El autor continúa: «A saber. En los contratos que estipulen *entregas sucesivas* de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones *relativas a cualquiera de las entregas* constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación *con esa entrega*, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato *en lo que respecta a esa entrega*. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial *del contrato en relación con futuras entregas*, esa otra parte podrá declarar resuelto *el contrato para el futuro*, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. El comprador que declare resuelto el contrato *respecto de cualquier entrega* podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto *de entregas ya efectuadas o de futuras entregas* si, por razón de su interdependencia, tales entregas no

[76] ¿El artículo 66 *bis* TRLGDCU puede aplicarse a la venta de *bien inmueble*, celebrada por el empresario con el consumidor? Es pregunta de particular interés, si recordamos la cuestión planteada sobre la oportunidad de generalizar la *Nachfrist* y la resolución (*supra* [50]). En mi opinión, *no* cabe aplicar el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU a la compraventa de inmueble. Pues para esta y para el incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble en plazo, la resolución se subsume en la norma general del artículo 1124 CC con base en el artículo 59.2.I TRLGDCU –*infra* [102] tratamos la no entrega del inmueble en plazo por la ausencia de la licencia de primera ocupación–; y a salvo lo dispuesto por leyes especiales como la *Ley 57/1968, 27.07, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* (art. 3.I; su análisis *infra* [175]).

A) Según Carrasco Perera:

«A pesar de que en la transposición no se contienen, frente a la Directiva, normas *generales* referidas al ámbito de aplicación de los nuevos preceptos, el art. 66 *bis* sólo se aplica a la *compraventa de cosas muebles corporales*. No se aplica a los contratos sobre “contenidos digitales” que no se proporcionen en un soporte material (art. 17.1 Directiva) ni tampoco a los inmuebles [art. 59 *bis* 2 de la Ley y art. 3.3 e) Directiva²¹⁰], sin perjuicio de que haya que considerar que el apartado 2 del precepto contiene un principio general que ha de extenderse en la medida adecuada a la compraventa inmobiliaria, en el sentido de que tampoco en ésta (y menos en ésta que en la mobiliaria) el plazo contractual de cumplimiento es como regla un plazo no esencial, y no permite acudir directamente al remedio resolutorio. La solución del art. 66 *bis* se revela como muy pertinente respecto de las ventas de inmuebles, porque sigue siendo incierta la solución de si el comprador ha de tolerar una espera adicional y por cuánto tiempo ha de extenderse esa espera» (cursiva del autor)²¹¹.

2.7 La definición del contrato de compraventa. En particular, la obligación del vendedor de transmitir la propiedad del bien

2.7.1 LOS ARTÍCULOS 59 *BIS*.I.A) TRLGDCU Y 1445 CC

[77] El artículo 59 *bis*.1.a) TRLGDCU (añadido por Ley 3/2014) define la compraventa con consumidores a efectos del

pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato» (cursiva nuestra; *op. cit.* p. 39; *cf.* con la nota inmediatamente anterior a esta).

²¹⁰ Artículo 3 de la Directiva 2011/83/UE: «Ámbito de aplicación/ [...] / 3. [...] / La presente Directiva no se aplicará a los contratos: / [...] / e) de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos; / [...]».

²¹¹ CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014) núm. 9 p. 40.

Libro II del TRLGDCU. Por aplicarse a la compraventa, el artículo 66 *bis* TRLGDCU *presupone la previa aplicación de aquel precepto*. Con el artículo 59 *bis*.1.a) TRLGDCU se transpone al Derecho nacional el artículo 2.5) de la Directiva 2011/83/UE.

A) Artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
[...].

5) “contrato de venta”: todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios;»²¹².

B) Artículo 59 *bis* TRLGDCU: «*Definiciones*

1. A los efectos de este libro [II] se entenderá por:

a) “contrato de venta”: todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios».

[78] El artículo 59 *bis*.1.a) TRLGDCU hace referencia a la obligación del empresario de transmitir la propiedad del bien al consumidor, y, a la obligación del consumidor de pagar su precio. En contraste con ello y para la compraventa civil, el artículo 1445 CC no indica expresamente que el vendedor esté obligado a transmitir la propiedad (*cf.*: arts. 1461, 1474 CC). Y por ello es destacable que el TRLGDCU ordene aquella obligación al empresario-vendedor. Algo, en mi opinión, que ya debería prescribir el artículo 1445 CC²¹³ (*cf.*: art. 30 CISG). De la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato se ocupan los artículos 114 y ss.

²¹² Sobre la compraventa que incluya prestación de servicios, FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [15]-[16] pp. 736-750.

²¹³ Sobre la obligación del vendedor de transmitir la propiedad del bien, comparando con los artículos 1445 CC y 2.5) de la Directiva 2011/83/UE y teniendo en cuenta la regulación del DCFR y la del CESL: FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [6]-[9] pp. 725-730; en general, para la definición de la compraventa con consumidores, *op. cit.* [6]-[18] pp. 725-755. Tras referirse al artículo 59 *bis*.1.a) TRLGDCU, OLIVA BLÁZQUEZ/GONZÁLEZ ORTIZ: «[c]omo puede observarse, se establece que el vendedor tiene la obligación de transmitir al comprador-consumidor la propiedad de los bienes vendidos, lo cual contrasta con lo establecido en nuestro Código civil, que únicamente hace referencia a la obligación de entregar los bienes y de responder por el saneamiento (art. 1461 CC). No cabe ninguna duda de que este cambio es de una enorme importancia en términos jurídicos y, por ello, debería haberse incorporado igualmente en la legislación civil general, estableciéndose con claridad que el vendedor tiene en todo caso la obligación de transmitir la propiedad de los productos vendidos» [(2014) p. 330].

TRLGDCU. El artículo 59 *bis*.1.a) TRLGDCU no ordena que el pago del precio haya de consistir en dinero o signo que lo represente como dispone el artículo 1445 CC; pero ha de entenderse que ello tiene que ser así (art. 59.1.I TRLGDCU). Considero que hubiera sido adecuado que el artículo 2.5) de la Directiva 2011/83/UE se hubiere transpuesto entre los artículos 114 y ss. TRLGDCU, y no en el artículo 59.1.a) TRLGDCU como se ha hecho²¹⁴.

A) Artículo 1445 CC: «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

2.7.2 EL ARTÍCULO 1445 PMCC

[79] Define la compraventa e indica las obligaciones del vendedor y del comprador.

Las del *vendedor* son: (1) entregar la cosa; (2) que ésta sea conforme con el contrato; y (3) que la cosa esté «*libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados*» en el contrato. En la EM de la PMCC se indica que se han recogido las obligaciones del vendedor tal y como se conciben en la CISG²¹⁵. Se nos recuerda que el saneamiento por evicción del Código civil supone «un sistema especial de “responsabilidad” del vendedor, distinto del sistema general del incumplimiento»; y que en la evicción, «el vendedor no incumple ninguna obligación si no transmite al comprador la propiedad de la cosa, pero tiene que garantizar al comprador la posesión pacífica de esta» (núm. XXXIV de la EM de la PMCC). Sobre la fórmula del artículo 1490 PMCC de «si el tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa, no contemplado en el contrato», la EM de la PMCC aclara que se «ha pretendido ser suficientemente flexible en la enunciación de los derechos de tercero a que se refiere. Permite incluir en ella cualquier tipo de derecho que pueda existir en la cosa en el momento de la entrega. Incluye tanto los derechos reales, como los personales, por ejemplo, un arrendamiento; *tanto la propiedad de un tercero, que impide al comprador adquirir ese derecho*, como otros derechos reales existentes en la cosa que dan lugar a la trans-

²¹⁴ FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [17] pp. 750-751, [44]-[45] pp. 809-811.

²¹⁵ «En la nueva definición [del art. 1445 PMCC] se reflejan las obligaciones del vendedor, tal como son concebidas en el modelo de compraventa de la Convención de Viena, en el que se inspira esta reforma. Junto a la obligación de entregar la cosa vendida, se impone el deber de que la misma sea conforme a las exigencias del contrato y se halle libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato./ [...]» (núm. XII de la EM de la PMCC; v. también sus núms. XI y XVI).

misión de una titularidad gravada o limitada por los mismos; incluye, incluso, los derechos relacionados con la propiedad intelectual e industrial, tal como hace la Convención de Viena./ [...]» (cursiva nuestra; núm. XXXIV de la EM de la PMCC; de interés todo el núm. XXXIV).

Para el *comprador*, el artículo 1445 PMCC ordena las obligaciones de: (1) pagar el precio de la cosa en dinero; y (2) recibir la cosa en las condiciones pactadas (*cf.* art. 53 CISG).

A) Artículo 1445 PMCC: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y *esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él*, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas» (cursiva nuestra).

B) Artículo 1490 PMCC: «Si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el art. 1482 [PMCC]».

2.7.3 LOS ARTÍCULOS 621-1 Y 621-9 PCCCAT.

[80] El *primer artículo* define la compraventa: es aquel contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar un bien conforme con aquel, y a transmitir su titularidad, sea la del derecho de propiedad o la de otros derechos patrimoniales; y el comprador se obliga a pagar su precio y a recibir el bien. En el *segundo artículo* se enumeran las obligaciones del *vendedor*. Entre otras, se señala la de transmitir la titularidad del bien y sus accesorios. (Para la compraventa con consumidores, el art. 621-2 PCCCat., *supra* [62], nota 181).

Según la EM del PCCCat.: «En la subsecció primera i senyaladament en la definició del contracte de compravenda, es remarca la seva naturalesa de contracte obligatori, segons el qual el venedor s'obliga a lliurar el bé i el comprador a pagar el preu, *però sobretot es destaquen dos trets bàsics del modern dret de la compravenda: el bé ha de ser conforme amb el contracte, i el venedor i el comprador s'obliguen, respectivament, a transmetre la titularitat del dret i a rebre el bé*».

También en la EM: «La subsecció segona regula les obligacions del venedor, que bàsicament consisteixen en lliurar el bé, així com els seus accessoris i els documents relacionats, *en transmetre la titularitat del dret* i en garantir que el bé és conforme al contracte. *En el marc del dret europeu en curs d'elaboració i específicament en el dret de la compravenda, en el qual la prestació característica és la del venedor, convenia destacar que, a més de*

l'obligació tradicional del lliurament del bé, dels accessoris i dels documents relacionats, el venedor ha de transmetre la titularitat i ha de garantir que el bé és conforme. Les idees cardinals són que en el contracte de compravenda el venedor ja no s'obliga només a transmetre la possessió legal i pacífica del bé venut, sinó la titularitat del dret, tot admetent el pacte exprés de reserva d'aquesta transmissió com a garantia» (cursiva nuestra).

A) Artículo 621-1 PCCCat.: «Contracte de compravenda

La compravenda és el contracte pel qual el venedor s'obliga a lliurar un bé conforme al contracte i a transmetre'n la titularitat, sigui del dret de propietat o dels altres drets patrimonials segons la seva naturalesa, i el comprador s'obliga a pagar un preu en diners i a rebre el bé» (cursiva nuestra).

B) Artículo 621-9 PCCCat.: «Obligacions del venedor

1. El venedor ha de:

- a) Lliurar, en el temps, lloc i forma determinats en el contracte, el bé, els seus accessoris i els documents relacionats, si n'hi ha.
- b) Garantir que el bé és conforme al contracte.
- c) *Transmetre la titularitat del bé i dels seus accessoris.*

2. Quan s'ha pactat una reserva de la titularitat, la seva transmissió té lloc quan el comprador pagui el preu o, si escau, compleixi l'obligació pactada» (cursiva nuestra)²¹⁶.

2.7.4 LOS ARTÍCULOS 511-2 Y 511-3 ACM

[81] Según el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, «[e]l artículo 511-1 [ACM] define la mercantilidad de la compraventa (*infra* [129]), pero no ofrece una noción propia de este contrato mercantil. Debe entenderse, por tanto, que el concepto de compraventa es único y viene dado por el artículo 1445 del Código Civil: [...]».

[82] De acuerdo con el artículo 511-2 ACM las obligaciones del *vendedor* son: (1) entregar los bienes que han de ser conformes

²¹⁶ Y el artículo 621-30 PCCCat.: «Drets o pretensions de tercers/ 1. Sense perjudici dels efectes derivats de la publicitat registral, el venedor ha de transmetre el bé lliure de drets o pretensions raonablement fonamentades de tercers que el comprador no conegués ni hagués pogut raonablement conèixer en el moment de la conclusió del contracte./ 2. En tot cas, el venedor respon si va garantir que el bé n'estava o quedaria lliure de drets o pretensions de tercers i si, tot i conèixer-los, no els va revelar al comprador./ 3. Igualment, el venedor respon si els drets o pretensions als quals es refereix l'apartat 1 són conseqüència dels seus actes propis posteriors a la conclusió del contracte». V. el artículo 621-43 PCCCat., *Remeis del comprador en cas de drets i pretensions de tercers*.

con el contrato; (2) transmitir su propiedad; y (3) entregar cualquier documento relacionado con aquéllos.

En la EM del ACM se explicita: «VI-34. El nuevo régimen altera las obligaciones de las partes. En particular las del vendedor sufren modificaciones esenciales./ VI-35. La obligación de entrega es ahora una obligación de entregar un bien conforme a las exigencias del contrato. [...] / VI-36. *El vendedor asume igualmente la obligación de transmitir la propiedad plena del bien. Por ese motivo la obligación de entrega es ahora una obligación de entregar el bien libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato. Esta obligación sustituye a la tradicional de saneamiento por evicción y por cargas y gravámenes ocultos, que no ofrecía al comprador una protección adecuada*²¹⁷. La modificación viene impuesta, además, por la necesidad de *unificar* el régimen del incumplimiento de modo coherente con los textos que han servido de modelo al Código» (cursiva nuestra)²¹⁸.

²¹⁷ Cfr. artículo 345 CCO; v. FENOY PICÓN (1996) nota 843 en pp. 278-279.

²¹⁸ En 2013, GALLEGO (Presidenta del Grupo de trabajo sobre la compraventa mercantil; v. *infra* [128]): «De conformidad con la causa del contrato, el vendedor asume la obligación de transmitir la propiedad o titularidad del bien. Un Código Mercantil [...] sí ha de aclarar a los operadores económicos que la vocación del contrato es la transmisión de la propiedad y, por ende, ha de señalar que dicha transmisión constituye una obligación del vendedor. [...], en un Código nacional no hay motivo para esconder tal obligación, que constituye el fin del contrato, bajo el paraguas de la mera obligación de entrega, cuando esta puede tener otra finalidad y mudar, por tanto, la naturaleza del contrato./ Por ese motivo la obligación de entrega debe ser una obligación de entregar el bien libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato. Esta obligación sustituiría a la tradicional de saneamiento por evicción y por cargas y gravámenes ocultos. La protección que ofrece al comprador el saneamiento por evicción no es adecuada puesto que el vendedor no asume la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa y únicamente responde si, llamado al proceso en el que un tercero reclama al comprador el bien, no logra evitar que sea desposeído del mismo. Además, esta responsabilidad está sometida a las reglas especiales del saneamiento por evicción, diferentes de las reglas generales de responsabilidad contractual y de las relativas a los vicios y defectos del bien. Obliga, adicionalmente, al comprador a tener que soportar un proceso para poder reclamar al vendedor. Salvo dolo de este último, no puede anticiparse a resolver el contrato, ni le permite resarcirse de todos los daños sufridos. Tanto en materia de evicción como de cargas y gravámenes, la sustitución, por otra parte, viene impuesta, a mi juicio, por la necesidad de unificar el régimen del incumplimiento en línea con la orientación actual preconizada en el seno de la Comisión de Codificación, Sección civil. Y permite que el comprador reclame al vendedor sin necesidad de esperar a que el tercero ejercite efectivamente el derecho o la pretensión. Es suficiente con que esté en condiciones de hacerlo./ Consiguientemente, la segunda obligación del vendedor consistiría en transmitir la propiedad de los bienes, incluyendo la entrega libre de cualesquiera derechos o pretensión de un tercero. El carácter general de la expresión permitiría abarcar cualquier tipo de derecho que pueda existir sobre el bien. Comprendería, por consiguiente, tanto derechos reales como personales. Y, entre ellos, los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, que, no obstante, a imagen de la Convención de Viena, podrían citarse expresamente en el Código en la medida en que les resulte de aplicación una regla particular. Se trata de la relativa a la exclusión de la obligación del vendedor en caso de que el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado aquel a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionadas por el comprador./ Por otra parte, la generalidad de los términos con que se expresa la proposición permitiría incluir en su ámbito de aplicación los derechos y pretensiones que afecten al bien con anterioridad a la entrega, con

Las obligaciones del *comprador* son: (1) pagar el precio; y (2) recibir el bien (art. 511-3 ACM).

A) Artículo 511-2 ACM: «Obligaciones del vendedor

Son obligaciones del vendedor:

- a) La entrega de bienes cuya cantidad, calidad y tipo, así como su envase o embalaje, sean conformes a los estipulados en el contrato.
- b) *La transmisión de la propiedad de los bienes*, incluyendo la entrega libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero y, entre ellos, los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual.
- c) La entrega de cualesquiera documentos relacionados con los bienes» [cursiva nuestra; para otras obligaciones, arts. 511-5 (*Entrega con expedición*) y 511-6 ACM (*Identificación de los bienes*)].

B) Artículo 511-13 ACM: «Obligaciones del comprador

Son obligaciones del comprador:

- a) Pagar el precio.
- b) Recibir el bien, que consiste en realizar los actos precisos para posibilitar la ejecución de la obligación de entrega de aquel y en hacerse cargo del mismo.»

2.7.5 CONSIDERACIÓN FINAL

[83] Con lo anterior puede comprobarse cómo se define hoy el (moderno) contrato de compraventa. Los expuestos textos se encaminan en *la misma dirección*. Frente a la decimonónica regulación de la compraventa del artículo 1445 CC, en el moderno Derecho de contratos se impone expresamente al vendedor la obligación de transmitir la propiedad del bien, y al comprador, la de recibirlo. La CISG (arts. 30, 53) ha ejercido, en ello, una decisiva influencia.

2.8 El ámbito contractual del artículo 66 bis TRLGDCU: la compraventa y el contrato de obra de cosa mueble a construir. La moderna categoría del contrato de prestación de servicios. Los artículos 521-1, 531-1 y 415-2 ACM. El artículo 621-3 PCCCat.

[84] Como precisa su leyenda, el artículo 66 bis TRLGDCU se aplica a la compraventa (arts. 59 bis.1.a) TRLGDCU, 1445 CC; *supra* [77]-[78])²¹⁹. ¿Se aplica además al contrato de obra de cosa

independencia de que, en su creación, haya intervenido o no el vendedor. Y asimismo los posteriores a aquella, siempre que, en este caso, haya intervenido el vendedor» [RDM, núm. 287, Enero-Marzo (2013) pp. 20-22].

²¹⁹ Artículo 17.1 de la Directiva 2011/83/UE: «Ámbito de aplicación/ 1. Los artículos 18 [art. 66 bis TRLGDCU] y 20 [art. 66 ter TRLGDCU] se aplicarán a los contratos de

*mueble a construir?*²²⁰ En mi opinión, sí. Pero antes de justificarlo, son oportunas las siguientes breves consideraciones sobre el contrato de prestación de servicios.

[85] *Sobre la (moderna) categoría general del contrato de prestación de servicios.*—Hace tiempo que algunos autores vienen prestando creciente y especial atención al *contrato de prestación de servicios* (o contrato de servicios) concibiéndolo como una *gran categoría contractual*. Dicho tipo contractual supera la construcción del Código civil de la categoría romana *aglutinadora del arrendamiento*—art. 1542 CC; arrendamiento de fincas rústicas y urbanas, arts. 1546 y ss. CC; arrendamiento de obras y servicios, arts. 1583 y ss. CC— e incluiría, entre otros, al contrato de obra que es el que ahora interesa²²¹.

A) El ACM también supera la categoría aglutinadora del arrendamiento del Código civil, pero acoge la visión tradicional que distingue al contrato de obra por empresa, por conllevar una obligación de resultado (arts. 521-1 y ss. ACM)²²², del contrato de prestación de servicios mercantil que conlleva una obligación de actividad; arts. 531-1 y ss. ACM)²²³. Dichos contratos se definen como sigue.

Artículo 521-1 ACM: «*Noción.*/ 1. Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos./ 2. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes».

Y artículo 531-1 ACM: «*Noción.*/ 1. Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o algunos de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se comprometa a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesi-

venta. Dichos artículos no se aplicarán a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad—cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material» (cursiva nuestra). Comenta dicho artículo: FUENTESECA DEGENEFÉ (2014) pp. 427-429.

²²⁰ Para un análisis general del contrato de obra con consumidores, ALBIEZ DOHRMANN (2014) pp. 258-291.

²²¹ Sobre la evolución del contrato de servicios hasta ser concebido como una categoría única y general: SEVERIN FUSTER (2014) pp. 3-347; ALBIEZ DOHRMANN (2014) pp. 254-258, «Comentario del artículo 1583 CC» (2013) pp. 11171-11202, y «Comentario del artículo 1588 CC» (2013) pp. 11215-11219; ESCARTÍN IPIENS (2012) pp. 606-610, en particular pp. 609-610, y v. también núm. 4 en pp. 635-636; v. asimismo MARTÍNEZ FLÓREZ/VAQUERIZO ALONSO, *RDM*, Julio-Septiembre (2014) pp. 38-44. De interés, JIMÉNEZ HORWITZ, *ADC* (2012) pp. 551-584.

²²² Para su análisis, MARTÍNEZ FLÓREZ/VAQUERIZO ALONSO, *RDM*, Julio-Septiembre (2014) pp. 48-75; ELIZALDE, *InDret* (3/2014) pp. 21-26.

²²³ V. MARTÍNEZ FLÓREZ/VAQUERIZO ALONSO, *RDM*, Julio-Septiembre (2014) pp. 44-48; ELIZALDE, *InDret* (3/2014) pp. 26-31.

dades de la otra, el ordenante, organizando para ellos los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado./ 2. Los medios serán aportados por el prestador del servicio». (Cursivas nuestras, salvo las de noción de las leyendas de los artículos).

Martínez Flórez/Vaquerizo Alonso²²⁴ aclaran que «[l]a regulación del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obras y servicios *es fruto de la concepción imperante* en el momento en el que se gestaron—hace ya algunos años— sus normas (es un hijo de su tiempo). Este texto normativo se adscribe, en efecto, al segundo modelo de regulación citado (obra/resultado, servicios/actividad)²²⁵, un modelo que, como se ha indicado, no se corresponde enteramente con el que parece imponerse en los últimos tiempos en el ámbito europeo y que tiene su explicación en el amplio período de tiempo transcurrido desde la concepción inicial del modelo y la articulación del cuerpo normativo hasta que el texto ha visto finalmente la luz»²²⁶.

B) En el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Código Mercantil* se indica: «El Título II del Libro Quinto del Anteproyecto contiene una amplia regulación del contrato mercantil de obra por empresa.

Si se excluye una breve referencia a la construcción del buque en el hoy derogado artículo 574 (por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima), no se encuentra en el Código de Comercio de 1885 regulación alguna de este tipo contractual, lo que no ha sido obstáculo para su calificación como mercantil por la frecuente utilización del mismo en el tráfico comercial. Sin embargo, esa evidente mercantilidad viene siendo en la práctica irrelevante, dada la inexistencia, como se ha dicho, de una regulación propia de la modalidad mercantil del contrato, que se rige por las disposiciones del Código civil sobre el arrendamiento de obras (arts. 1544 y siguientes).

Sin perjuicio de las observaciones que a continuación se formularán, el Consejo de Estado valora positivamente la introducción en el nuevo Código Mercantil de esta regulación, en la que se

²²⁴ *Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código Mercantil*: «Del contrato de obra por empresa se ocupó el grupo VIII, presidido por D. Juan Luis Iglesias Prada hasta su fallecimiento (12.03.2011). Forman parte de ese grupo D.^a Aurora Martínez Flores (*sic*) y D. Alberto Vaquerizo Alonso./ El Grupo IX se ocupó del contrato de prestación de servicios mercantiles en general y de los contratos publicitarios. La presidenta de ese grupo es D.^a Carmen Alonso Ledesma, y los vocales D. Adolfo Sequeira Martín y D. Luis A. Velasco San Pedro./ [...]» (PCM2.^a p. 703).

²²⁵ Los autores exponen ese segundo modelo: *RDM*, Julio-Septiembre (2014) pp. 44-47.

²²⁶ Cursiva del original; MARTÍNEZ FLÓREZ/VAQUERIZO ALONSO, *RDM*, Julio-Septiembre (2014) p. 44. V. también pp. 75-81, en las que los autores valoran «la regulación del contrato de obra por empresa [...] en el marco del sistema en el que se inserta, teniendo en cuenta su relación con otros contratos próximos, y particularmente con los de servicios mercantiles, así como con las normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Esa contemplación global de la regulación y la perspectiva que proporciona el paso de los años desde que el sistema del Anteproyecto fuera concebido arroja algunas ideas que podrían ser de utilidad de cara al proceso legislativo que está en marcha» (*op. cit.* pp. 75-76).

prescinde tanto de la tradicional asimilación al contrato de arrendamiento (procedente de la *locatio conductio* romana) como de su unificación con el arrendamiento de servicios, que es también objeto, como se verá a continuación, de una regulación independiente del Anteproyecto.

Dada la novedad, es importante contar con una noción del contrato mercantil de obra por empresa, y de criterios para determinar su mercantilidad, objetivo doble al que da respuesta el artículo 521-1 (lo que debería quedar reflejado en su título, que debería ser “*Noción y mercantilidad*”).

El apartado 1 de ese artículo dispone, así que “[...]”. De nuevo han de reiterarse aquí las objeciones ya formuladas en relación con esta ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones del Código, ampliación que conlleva, en el presente caso, una excesiva extensión de las nuevas reglas mercantiles del contrato de obra.

Esta importante ampliación del objeto del contrato de obra por empresa preside toda la nueva regulación, frente a la contenida en el Código civil, que gira claramente en torno al contrato de construcción de inmuebles, [...].

Por lo demás, el apartado 2 del artículo 521-1 cubre una importante laguna de la regulación civil, al definir qué puede reputarse como “obra” a efectos de este contrato: [...]. La referencia, en este último inciso, a “*otro resultado convenido por las partes*”, permite ya, sin sombra de dudas, aceptar el contrato de obra inmaterial que, en los casos admitidos por la jurisprudencia, siempre contaba con un cierto soporte material» (la cursiva del original)²²⁷.

C) En otro orden de consideraciones, el artículo 415-2 ACM se ocupa *con carácter general* (Libro IV del ACM) de la distinción obligación de resultado/de medios: «*Supuestos de obligaciones contractuales/1. La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo./ 2. Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente:/a) Los términos en que esté redactado el contrato./ b) El precio y demás elementos del mismo./ c) La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar./ d) La incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo*»²²⁸.

²²⁷ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 260-262.

²²⁸ (1) V. MARTÍNEZ FLÓREZ/VAQUERIZO ALONSO, *RDM*, Julio-Septiembre (2014) pp. 45-47.

Sobre el artículo 415-2 ACM, ELIZALDE, *Indret* (3/2014) pp. 13-21; en particular pp. 18-19 en las que el autor se muestra crítico con aquél: «[...]». En el caso de que, tras interpretarse el contrato conforme a las reglas generales de interpretación, no se consiguiera determinar lo acordado, se produciría una “laguna” (término impropio aunque generalizado), que exigiría la integración del contrato mediante un precepto dispositivo, cuyo contenido –según sostiene la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia– dependerá de si la consecución del resultado es incierta o no./ Es por esto que considero conveniente que la PCM hubiera incluido una norma de Derecho dispositivo que sirviera para integrar el con-

D) En la *Propuesta de la Comisión General de Codificación [Sección civil] para dar una nueva redacción a los arts. 1581 a 1592 del Código civil*, su artículo 8 dispone: «Prestación de resultado y prestación de actividad./ 1. Cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados./ 2. [...]»²²⁹.

Escartín Ipiens comenta: «Sin duda este fue uno de los puntos más debatidos de la CGC, y hay que reconocer que el texto final del Anteproyecto no se atiene literalmente al antecedente del MCR. En la primera redacción, a propuesta del ponente Caffarena, se adoptó un texto que en traducción libre recibía el IV. C 2:106 de los Principios del MCR. Que se atenían expresamente a la ecuación según la cual, cumplimiento es igual a obtención del resultado pac-

tenido del contrato si, tras su recta interpretación, no fuera posible determinar la extensión de la prestación asumida. La Propuesta carece de un precepto dispositivo de integración que resulte de aplicación a los contratos de servicios con carácter general, [...]. La ausencia de una norma dispositiva que integre la regla contractual en ausencia de pacto constituye, a mi juicio, el principal defecto de la PCM en esta materia./ El citado art. 415-2 PCM, apartado segundo, no cumple esa función ya que se limita a presentar unos criterios de interpretación del contrato. Tal vez pueda deducirse una tentativa de precepto dispositivo en el inciso “c” del artículo [...] pero, según lo entiendo, constituye una regla de interpretación objetiva del contrato, no una norma dispositiva de integración./ En atención a lo expuesto, encuentro que de poco sirve incorporar las obligaciones de medios y de resultado a la PCM si la regulación se conforma con indicar unos criterios de interpretación del contrato. Para tan corto viaje no hacían falta tales alforjas. Bastaba con recurrir a las reglas de interpretación del art. 414-1 PCM, para resolver cualquier incertidumbre respecto del sentido (subjetivo y objetivo) del contrato./ Entiendo que la PCM debería haber apostado por introducir una norma dispositiva por mor de la cual, en defecto de pacto, el deudor quede obligado a garantizar o no (decisión de política legislativa) la finalidad contractual. Y si esa norma asume la aleatoriedad del resultado como criterio diferenciador, conforme con nuestra doctrina especializada y la jurisprudencia, tanto mejor. Máxime si se tiene en cuenta que el art. 415-2 PCM forma parte del Libro Cuarto, Capítulo V (“Del contenido del contrato”), por lo que se espera de él, en correcta técnica legislativa, que establezca reglas contractuales –contenido–, no criterios de interpretación para los cuales existe, además, un Capítulo específico (Libro Cuarto, Capítulo IV)» (v. también *op. cit.* p. 31).

Desde su visión crítica con la PCM, GARCÍA RUBIO: «Por otro lado, la PCM pretende consagrar normativamente algunas categorías cuando precisamente estas empiezan a ser discutidas; así sucede, por ejemplo, con la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, muy desdibujada y, para algunos, incluso superada en el DCFR y el CESL» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) p. 24].

(2) *Dictamen del Consejo de Estado sobre el ACM*: «El artículo 415-2 (“*Supuestos de obligaciones mercantiles*” [*sic*]) contempla la doble posibilidad de que la obligación contractual consista en “*proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo*”; y, a continuación, recoge unas reglas interpretativas para determinar en qué medida una obligación implica proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, cuando no se hubiera pactado expresamente. Se trata de una regla interpretativa que debe articularse con la norma general establecida en el artículo 414-1 y que probablemente encontraría mejor acomodo en el Capítulo IV precedente (“*De la interpretación de los contratos*”) (cursiva del original; núm. 837/2014, p. 220).

²²⁹ ESCARTÍN IPIENS, Vocal de la Comisión General de Codificación (Sección civil), ofrece los artículos de la mentada Propuesta y la comenta [(2012) pp. 631-659].

tado o razonablemente previsible./ Pero en los debates primó la idea de distinguir entre prestación de resultado y prestación de actividad. [...]. Ese mismo había sido el criterio de la CGC en el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993 sobre el Contrato de Servicios (como de prestación de actividad) y el de obra (como prestación de resultado). Hubo propuestas alternativas dirigidas a acentuar el carácter de prestación de resultado en armonía con el texto de los Principios del MCR, pero al final prevaleció el criterio que mantenía la diferencia entre prestación de actividad-prestación de resultado, dentro del mismo género “contrato de servicios”. La referencia al resultado se dejó para el contrato de obra que está siendo debatido actualmente por la Sección./ Este tema, sin duda medular, deberá ser reconsiderado a la vista de las nuevas orientaciones en los campos legislativo, doctrinal y jurisprudencial»²³⁰.

[86] Frente al modelo del arrendamiento del Código civil, *el TRLGDCU* recoge el tipo contractual *general* del contrato de servicios. *Pero no le dedica un particular régimen jurídico*. El artículo 59 *bis*.1.b) TRLGDCU (añadido por Ley 3/2014) define al contrato de servicios como «todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y este pague o se comprometa a pagar su precio». Con él se incorpora al Derecho español el artículo 2.6 de la Directiva 2011/83/UE.

A) Artículo 2.6) de la Directiva 2011/83/UE: «Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
[...]

6) “contrato de servicios”: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio;»

[87] Apuntado lo anterior, se ha planteado si al *específico supuesto del contrato de obra mueble a construir* ha de aplicársele la regulación del contrato de obra o la de la compraventa. Si se entiende que procede lo último, debe determinarse si esa aplicación sería para *todo* contrato de obra mueble a construir, o solo para algunos. Por ejemplo, para la compraventa internacional de mercaderías, el artículo 3.1 CISG dispone que «[s]e considerarán *compraventas* los contratos de suministro de mercaderías *que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o pro-*

²³⁰ ESCARTÍN IPIENS (2012) pp. 650-651.

ducción». En el ámbito del TRLGDCU y para la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato, su artículo 115.1 ordena la inclusión de «los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse» (cursiva nuestra²³¹; cfr. art. 1.4 de la Directiva 1999/44/CE²³²).

A) Para el artículo 115.1 TRLGDCU, Albiez Dohrmann diferencia supuestos:

«La equiparación entre la venta de bienes de consumo y la venta de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse no es ni mucho menos absoluta.

En primer lugar, al contrato de venta de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse son también de aplicación las normas y reglas generales del contrato de obra. No es éste el espacio para examinar los preceptos del contrato de obra (arts. 1588 y ss. CC) que son de aplicación a este contrato. Pero debe quedar claro que en la medida en que el consumidor haya encargado la producción o fabricación de una cosa mueble tiene una posición que le aproxima a la del comitente. Así, p. e., [...].

En segundo lugar, puede haber supuestos concretos que son contratos de obra en su significado más propio. Cuando el artículo 115.1 TRLGDCU se refiere a productos que hayan de fabricarse o producirse no está pensando en una obra concreta que se ejecuta en virtud de un encargo específico, sino en obras que forman parte de un proceso de fabricación o producción cuyo destinatario final es un consumidor. El que vende el bien o el producto previamente ha tenido que fabricarlo o producirlo. Pero cuando se trata de un encargo específico por un particular dirigido a un empresario o profesional, éste no siempre tiene cabida en el artículo 115.1 TRLGDCU.

Podemos citar como supuestos el encargo de la construcción de una guitarra con unas características específicas, de un mueble que debe hacerse de un modo determinado para su adaptación a una casa, de un reportaje de bodas o de un traje de novias. [...]. Lo que estamos diciendo se puede explicar con otro ejemplo bastante gráfico: la compra de los muebles de una cocina sería una venta de consumo, también si el vendedor los fabrica [...]. Pero puede darse el caso de que el consumidor encargue a la empresa fabricante unos muebles que requieren un diseño que no es estándar, sino muy específico, que, además, requiere un esfuerzo superior y mayor

²³¹ Suele destacarse que los artículos 114 y ss. TRLGDCU se aplican al contrato de obra con independencia del sujeto que suministre los materiales para la construcción de la cosa mueble (contratista, comitente) [Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1423; TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2011) p. 1065; OLIVA BLÁZQUEZ/GONZÁLEZ ORTIZ (2014) pp. 333-334]. Para un análisis de la aplicación de los artículos 116 y ss. TRLGDCU al contrato de obra de cosa mueble, Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2014) pp. 469-498, y sobre el contrato de obra de bienes muebles subsumibles en esa regulación de la falta de conformidad, las pp. 462-469.

²³² Artículo 1 de la Directiva 1999/44/CE: «Ámbito de aplicación y definiciones/ [...] / 4. Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva».

tiempo de lo normal. [...]. Identificar este encargo con una venta con suministro de materiales no siempre es la solución correcta. Parece preferible calificar la relación de consumo como contrato de obra, aun a costa de una menor protección del comitente, que, en cualquier caso, es atribuible a un sistema legal asimétrico y deficitario [...].

Y, por último, los bienes muebles que hayan de fabricarse o producirse y hayan [*sic*; de] ser incorporados posteriormente en un bien inmueble pueden ser también obras en su sentido más genuino y no necesariamente siempre suministro de materiales. Puede darse el caso de la construcción de un bien mueble que sólo adquiere una funcionalidad propia con la incorporación del mismo en un bien inmueble. Pensemos en el encargo de la construcción de una escalera (p.e., de madera o metálica) por un particular para una casa en fase de edificación o ya levantada. [...]. Igualmente, debería ser considerada obra la incorporación de un bien mueble en un bien inmueble previamente construido por encargo (tanto la construcción previa como la incorporación posterior) cuando aquél esté unido a éste de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (*cf.* art. 334.3.º CC) o en tal forma que revele el propósito de unirlo de un modo permanente al inmueble (*cf.* art. 334.4.º CC). Un ejemplo claro es el encargo de la instalación de una carpintería metálica para una casa [...]»²³³.

[88] Inicié este apartado 2.8 afirmando la aplicación del artículo 66 *bis* TRLGDCU al contrato de obra de cosa mueble a construir y apunté que lo justificaría. Tal afirmación la apoyo en la explicación que en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE se hace para su artículo 18 (art. 66 *bis* TRLGDCU): «La norma relativa a la demora en la entrega también debe tener en cuenta los bienes que hayan de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor y que el comerciante no pueda reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer una norma que conceda al comerciante un plazo adicional razonable en determinadas circunstancias. [...]» (cursiva nuestra)²³⁴.

Villanueva Lupión también ha defendido la aplicación del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE al contrato de cosa mueble a construir, apoyándolo en aquel Considerando²³⁵. Y para el

²³³ ALBIEZ DOHRMANN (2014) pp. 251-253, y «Comentario del artículo 1588 CC» (2013) pp. 11224-11225.

²³⁴ Lo defendí en ADC (2013) [18] pp. 751-753.

²³⁵ VILLANUEVA LUPIÓN: «Retomando la calificación contractual que se ha planteado más arriba, para determinar los efectos prácticos de la misma, hemos de considerar que la DDC [Directiva 2011/83/UE] deja al contrato de bienes muebles que hayan de fabricarse o producirse en tierra de nadie. Por lo pronto, casa mal, con una Directiva de armonización plena. No obstante, hay que estimar con un criterio hermenéutico que, a los efectos de la DDC, el contrato de obra en el que el contratista elabora un bien no prefabricado según la elección o decisión individual del consumidor, se incluye en su regulación como un contrato de compraventa./ [...] / El artículo 17 de la DDC, primero del Capítulo cuarto

entonces Proyecto de modificación del TRLGDCU, la misma afirmó que en la definición del contrato de compraventa *debe sobreentenderse incluido* al contrato de bienes muebles a construir o producir²³⁶.

[89] Por último, según el artículo 621-3 PCCCat.: «Objecte/ El contracte de compravenda té per objecte els béns, segons els articles 511-1 i 511-2 d'aqueste Codi²³⁷, *inclosos els futurs o que hagin de ser produïts, manufacturats o fabricats*» (cursiva nuestra).

sobre “otros derechos de los consumidores”, establece que los artículos 18 (entrega) y 20 (transmisión del riesgo) se aplican a [...]; ninguna mención a los contratos sobre bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor. ¿Qué podemos deducir: que estos últimos bienes se sobreentienden incluidos en el contrato de venta, o justo que deben considerarse como contratos de servicios excluidos de estos artículos?/ Para llegar a una conclusión con un criterio hermenéutico en el análisis del texto, hay que estimar algunas cuestiones. El artículo 17 no se refiere a bienes y servicios con independencia del contrato en el que se ubiquen, sino que establece expresamente su aplicación a los contratos de venta. En el mismo sentido es indicaría la rúbrica del artículo 66 *bis* del Proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU, con el inciso título de “entrega de los bienes comprados mediante un contrato de compraventa”. Con respecto a la entrega de los bienes al consumidor, [...]. El artículo 18.2 contempla la posibilidad [...]; pues bien, el Considerando (52), analiza la idoneidad de este plazo adicional fundamentalmente en consideración a los bienes que haya de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor, y que el comerciante no puede reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. *No podemos más que concluir que la DDC está contemplando el contrato de obra o de suministro de bienes que hayan de producirse como una venta, contrato al que le aplican dichas reglas de entrega, que no se aplican en cambio al contrato de servicios*» [cursiva nuestra; (2014) pp. 100-102]. Para el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, la autora señala: «Con los mismos argumentos expuestos más arriba [entre ellos el de ese Considerando (52)], podríamos plantearnos la cuestión de la transmisión del riesgo que se regula en el artículo 20 DDC, aplicable por tanto a los contratos de venta, en el que debe sobreentenderse el contrato de bienes que hayan de fabricarse o producirse» (*op. cit.* pp. 102-103).

²³⁶ VILLANUEVA LUPIÓN: «Para concluir, considero que este apartado merece una reflexión final: En el Proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU, debe admitirse que se sobreentiende en la definición del contrato de venta aquel contrato sobre bienes que hayan de fabricarse o producirse, sin consideración a si este contrato de obra en nuestro Ordenamiento es un contrato transmisivo de la propiedad o no, o asimilándolo a la compraventa mediante la subsunción en esta figura de la categoría del contrato mixto de venta y servicios que desaparece en la DDC. Ésta es la consecuencia: En lugar de considerar aplicables las reglas sobre la entrega de los bienes y la traslación de riesgos a los contratos de servicios con obligaciones de dar o entregar o devolver el bien sobre el que se presta el servicio, se traen los contratos de servicios (o de obra, en nuestro Ordenamiento) de los bienes que hayan de fabricarse o producirse a la calificación como contratos de compraventa» [(2014) pp. 104-105].

²³⁷ Artículo 511-1 Codi civil de Catalunya: «Béns/ 1. Es consideren béns les coses i els drets patrimonials./ 2. Es consideren coses els objectes corporals susceptibles d'apropiació, i també les energies, en la mesura que ho permeti llur naturalesa./ 3. Els animals, que no es consideren coses, están sota la protecció especial de les lleis. Només se l'apliquen les regles dels béns en allò que permet llur naturalesa». Artículo 511-2 Codi civil de Catalunya: «Béns immobles i mobles/ 1. Els béns, per llur naturalesa o per llur destinació, poden ésser immobles o mobles./ 2. Es consideren béns immobles:/ a) El sòl, les construccions i les obres permanents./ b) L'aigua, els vegetals i els minerals, mentre no siguin separats o extrets del sòl./ c) El béns mobles incorporats de manera fixa a un bé immoble del qual no poden ésser separats sense que es deteriorin./ d) Els drets reals i les concessions administratives que recauen sobre béns immobles, ports i refugis nàutics, i també el drets d'aprofitament urbanístic./ 3. Es consideren béns mobles les coses que es poden transportar i els altres béns que les lleis no qualifiquen expressament com a immobles».

2.9 El plazo adicional (*Nachfrist*) del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU: requisitos, efectos, y cuestiones no reguladas y sus soluciones

[90] *El emplazamiento/requerimiento.*—El artículo 66 bis.2.I TRLGDCU se limita a disponer la *Nachfrist* con la mira puesta en la resolución. De ahí que indique, que «[s]i el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario *lo emplazará* para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias [...]» (cursiva nuestra). Ahora bien, con razón Carrasco Perera destaca que *exigir el cumplimiento* «[t]ampoco es una conducta que *imperativamente* deba observar el comprador, que bien puede seguir esperando el cumplimiento mientras su acción no prescriba. Y puede demandar judicialmente el cumplimiento correcto» (cursiva nuestra)²³⁸. Hubiera sido más correcto indicar que el consumidor *puede requerir* el cumplimiento de la obligación de entrega del bien²³⁹. En el artículo 621-13 PCCCat. se dispone que «el comprador *l'ha de requerir* [al vendedor] a fer el lliurament en un termini adicional [...]» (cursiva nuestra).

[91] *La duración del plazo adicional para el cumplimiento.*—En su requerimiento, el consumidor *debe concretar* al empresario *la duración del nuevo plazo para cumplir*. De este modo habrá seguridad jurídica para ambos contratantes: *sabrán a qué atenerse*.

El artículo 66 bis.2.I TRLGDCU solo ordena que el plazo que el consumidor fije ha de ser *adecuado a las circunstancias*. Y no dispone una concreta duración, como *regla de defecto*, ante la no fijación expresa de la duración del plazo, por el consumidor (por ejemplo, 15 días, 30 días, 2 meses, etc.²⁴⁰). Algo que —se ha visto— otras normas

²³⁸ CARRASCO PERERA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 9 p. 42.

²³⁹ CARRASCO PERERA: «No se trata en rigor de un emplazamiento, sino de un requerimiento» [*Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 9 p. 42].

Artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE, versión inglesa: «Where the trader has failed to fulfil his obligation to deliver the goods at the time agreed upon with the consumer or within the time limit set out in paragraph 1, the consumer *shall call upon* him to make the delivery within an additional period of time appropriate to the circumstances. If the trader fails to deliver the goods within that additional period of time, the consumer shall be entitled to terminate the contract» (cursiva nuestra).

²⁴⁰ Para el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE [*supra* nota 168] FUENTESECA DEGENEFTE: «[...] Pero cuando la Directiva 2011/83/UE se ocupa del plazo adicional de cumplimiento tampoco indica la duración exacta de éste (art. 18.2 de la Directiva)./ Respecto al plazo adicional de entrega “adecuado a las circunstancias” en la Directiva 2011/83/UE, art. 18.2, hay lo siguiente:/ El art. 18.2 de la Directiva 2011/83/UE otorga un derecho al consumidor consistente en emplazar al comerciante “a proceder a dicha entrega en un plazo adicional a las circunstancias”. Como se puede comprobar, la redacción del precepto parece otorgar bastante libertad, pues no establece la duración máxima de ese plazo adicional y no concreta cuestión alguna cuando señala que será “adecuada a las circunstancias”./ Quizá hubiera sido deseable que el legislador especificara la duración de este plazo adi-

hacen; por ejemplo, la Ley 486 FN, el artículo 621-54 PCCCat., para el pacto comisorio (*supra* [27], [28]). La fijación de una regla de defecto sobre la concreta duración del plazo adecuado evitaría el problema del plazo adicional insuficiente para el cumplimiento, del que luego damos cuenta. Pero, siendo tal la pluralidad de bienes y de contratos de compraventa y de obra de cosa mueble a construir a los que el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU puede potencialmente aplicarse, es razonable la no fijación de tal regla de defecto.

El plazo adecuado a las circunstancias del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU es fórmula abierta, a construir y moldear para el concreto caso y fórmula conocida en nuestro Derecho. El artículo no emplea la locución de la *duración razonable*, que como hemos visto otros textos hacen. Pero, entre lo razonable y lo adecuado a las circunstancias del caso media sustancial coincidencia jurídica.

A) Los artículos 47.1 y 63.1 CISG, 7:105 (3) Principios UNIDROIT, 8:106 (3) PECL, III.-3:503 (1) DCFR, 115.1 y 135.1 CESL exigen el carácter razonable del plazo suplementario (*supra* [9] y ss.).

[92] *El problema del plazo adicional insuficiente para el cumplimiento: posibles soluciones. La opinión de algunos autores.*—Si el consumidor fijó un plazo insuficiente para la entrega del bien —esto es, no adecuado a las circunstancias— son posibles las siguientes soluciones:

a) Considerar que el consumidor *ha de volver a requerir* la entrega del bien, fijando un *nuevo* plazo adecuado a las circunstancias. El plazo insuficiente careció de validez. Y transcurrido dicho

cional del art. 18.2 de la Directiva, porque esta última posibilidad entrará en vigor cuando se agoten las demás, esto es, cuando se incumpla el plazo acordado o cuando se incumpla el plazo de treinta días que determina el art. 18.1 de la Directiva. Por ello, tal vez hubiera sido conveniente que el legislador fijara la duración de este plazo adicional con el fin de proteger al consumidor ante un comerciante que no ha cumplido su obligación de entrega./ Por otro lado, quizá cabría afirmar que la ausencia de concreción de la duración de este plazo adicional puede permitir a las partes adecuarse o adaptarse a las circunstancias derivadas del cumplimiento de la obligación de entrega, pero creo que al consumidor lo que le preocupa es que exista la entrega y ésta no ha tenido lugar. En ese sentido, se reforzaría la posición del consumidor fijando no sólo el plazo de treinta días desde la celebración del contrato (art. 18.1 de la Directiva), sino también otro plazo adicional de duración determinada legalmente./ Posiblemente esta regulación de un plazo adicional de entrega en el art. 18.2 de la Directiva obedece al principio de conservación de los contratos, y, en el fondo, quizá, a un principio económico. Es decir, evitar al máximo la resolución de los contratos con el fin de promover el intercambio de bienes y, tal vez, lo que se encuentra en la base, es una protección del comerciante, y persigue que éste no pierda la venta. Porque si realmente se quisiera proteger al consumidor, se le fijaría un plazo adicional rígido al comerciante para que entregase el bien./ Por eso en el Considerando 52 de la Directiva 2011/83/UE se afirma lo siguiente: “[...]”./ Es decir, también se protege en gran medida al comerciante» [cursiva nuestra; (2014) pp. 444-446].

V. CARRASCO PERERA *infra* nota 244.

plazo insuficiente, *más* el que restare para llegar al que hubiera sido plazo suficiente, el consumidor *no podrá* resolver la relación jurídica acogiéndose al sistema de la *Nachfrist*.

b) Considerar que el consumidor *no ha de reiterar* su requerimiento de cumplimiento. Mientras no indique lo contrario, se entiende que mantiene esa voluntad, y bastará con que transcurra el plazo que efectivamente hubiere sido adecuado a las circunstancias para que, si sigue incumpliendo el empresario, el consumidor pueda resolver (*el plazo se extiende*). La voluntad del consumidor de requerir el cumplimiento al empresario encierra, en sí, la de conceder el plazo necesario para que efectivamente pueda llevarse a cabo la entrega. En consecuencia, el requerimiento de cumplimiento en plazo insuficiente puede tener validez jurídica *si* resultare que el empresario no entrega el bien en el plazo *efectivamente* adecuado a las circunstancias, pudiendo el consumidor, en tal caso, resolver.

A) Los artículos 7.1.5 (3) segunda regla Principios UNIDROIT, 8:106 (3) *in fine* PECL, y III.-3:503 (2) DCFR acogen esta segunda solución [*supra*] [11] A), [12] A), [17] A)].

B) Las Notas de Derecho comparado del artículo 8:106 PECL indican que esta solución la acoge el Derecho alemán, y no parece acogerla el *Common Law*:

«In German law a notice *which was too short will automatically be extended*, so that the aggrieved party may still terminate after a reasonable time, *unless* the period set was so short that it indicated a lack of good faith [...]; in Common law a fresh notice may have to be served, as a notice which is too short *seems to be treated as having no effect* [...]» (cursiva nuestra)²⁴¹.

c) Considerar que si el consumidor fijó el plazo para la entrega del bien y conocido por el vendedor, este no se opone sin demora indebida, el legislador (la norma) lo califica de plazo adecuado.

A) Los artículos 115.2 y 135.2 CESL y 621-41.3 *in fine* PCCCat. ordenan esta solución [*supra*] [20] A), [21] A), [63] A)].

B) El artículo 115.2 CESL no resuelve qué sucede si el vendedor objeta el plazo que se le ha fijado para el cumplimiento. Según Zoll:

«It may be considered whether the too short period of time may be *cured* by the fact that the debtor has *abstained from the termination* until the reasonable period has lapsed. Despite certain arguments, which may support this solution, the answer should be nega-

²⁴¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 377; v. además *Comment D* del artículo 8:106 PECL, *op. cit.* p. 375. Para el DCFR, v. *Comment C* del artículo III.-3:503 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I p. 863] y núm. 10 de las Notas de Derecho comparado del artículo III.-3:503 DCFR (*op. cit.* p. 866).

tive (cf art. 135 no 11). The seller should have certainty whether the case is already on the ‘termination track’. Therefore *paragraph 2* provides the assumption that the period, which has not been objected, is reasonable. Hence, in the case of such objection, if the period actually is too short, this defect cannot be cured by the postponed termination. In such case, the period with the reasonable time must be set again» (la cursiva es negrita en el original)²⁴².

C) Para el artículo 135.2 CELS, Dannemann:

«Art 135 (and art 115) contain a novel solution for the well-know problem that the creditor fixes a period of time which is *too short*. Should this have no effect at all? Or should the fixing of an all too short period nevertheless entitle the creditor to terminate the contract after a reasonable time has elapsed, as envisaged by art III.-3:503(2) DCFR and art 8:103(3)(2) PECL? CESL (P) places instead the ball in the debtor’s court, by assuming that the period fixed by the creditor is adequate unless the debtor objects without undue delay. Unfortunately, CESL (P) does not provide for an express solution to the same problem which occurs if the debtor duly objects and the ball thus returns to the creditor’s courts. One could operate with an extending analogy, namely that a counter-proposal for an additional period by the buyer is taken to be adequate unless the seller objects, but ultimately, any unresolved dispute about the adequate length of the period will have to be decided by the courts. In this situation of an open dispute, the fixing of an additional period should not be left without effect. The seller should therefore be allowed to terminate the contract after a period which the court later finds to have been reasonable» (la cursiva es negrita en el original)²⁴³.

[93] *Para el plazo adicional insuficiente*, Carrasco Perera propone integrar el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU con la solución del artículo 115.2 CESL²⁴⁴. Ciertamente, es la que mejor protege al consumidor (arts. 51 CE, 1 TRLGDCU).

[94] *Refiriéndose al artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE* y teniendo presente al artículo 1124 CC, González Carrasco ha señalado que «[s]ólo en los casos en que el consumidor *no haya otorgado el plazo adicional* regulado en el artículo 18 de la Directiva, *o éste no sea razonable*, será la sentencia la que podrá fijar un plazo para el cumplimiento acompañando la condena al mismo de la declaración

²⁴² ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 8, pp. 519-520. Informe de la opinión de Zoll en ADC (2013) [30] pp. 770-771.

²⁴³ DANNEMANN, «Comentario del artículo 135 CESL» (2012) núm. 11 p. 590.

²⁴⁴ CARRASCO PERERA: «Según el art. 66 bis, el plazo nuevo debe ser “adecuado” a las circunstancias. No existe una regla de plazo supletoria, y no se puede exigir que el comprador conceda otros 30 días al vendedor. Si el plazo no es adecuado, la resolución posterior sería improcedente, lo que supone que el consumidor corre con el riesgo de incertidumbre sobre si el plazo en cuestión es razonable o no. Para eliminar este riesgo, se propone la integración de la norma del art. 115.2 CESL: el plazo concedido se considera razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida» [cursiva nuestra; Revista CESCO de Derecho de Consumo (2014), núm. 9 p. 42].

de resolución para el caso de que aquél no se verifique en el plazo impuesto (Título V del Libro III, arts. 699 a 720 LEC). Y ello, porque lo contrario podría hacer «*sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación para el cumplimiento*» [art. 7.3.1 (2) P. Unidroit]. [...]. Lo cierto es que, dados los términos literalmente excepcionales de la concesión de plazo judicial en el artículo 1124. III CC, todo aconseja la consolidación de una línea jurisprudencial en la que se estime que *la prueba de la concesión expresa de un plazo adicional determinado y razonable para el cumplimiento, conminatorio de la resolución al transcurso del mismo, priva de justificación al otorgamiento judicial de un nuevo plazo*» (primera y tercera cursiva es nuestra)²⁴⁵.

A) En nota a pie de página, González Carrasco contrapone el funcionamiento del sistema español, con el dispuesto en la Directiva 2011/83/UE:

«[...] La obligación primera será sustituida por la que se contiene en la sentencia, si bien la obligación antecedente sigue existiendo para determinar el *dies a quo* de los daños moratorios, que no se computan desde la fecha en que se despacha ejecución, sino desde el día en que se produjo el incumplimiento material anterior al proceso. En teoría, el vendedor incumplidor puede haber gozado de tres plazos de cumplimiento en aplicación de los arts. 1124 CC: el establecido en el título contractual, el plazo que comienza para el cumplimiento espontáneo de la obligación de entrega a partir de la sentencia que establece un plazo de gracia (puesto que “el Juez decretará la solución que se le reclame en orden a la resolución o al cumplimiento a no ser que existan causas justificadas para señalar nuevo plazo”) y el plazo –breve– que se concede en el despacho de ejecución. En la solución de la Directiva y del Derecho uniforme, el vendedor dispone, salvo que la voluntad del comprador sea únicamente el cumplimiento, de dos plazos de cumplimiento de la obligación de entrega: el primero, que será el estipulado en el contrato o el subsidiario de treinta días establecido en el apartado primero del art. 18, y el segundo que será el plazo adicional *razonable* concedido por el comprador. *Sólo otorgando uno irrazonable a pesar de que el tiempo no era esencial en el cumplimiento del contrato, podrá el órgano judicial, conociendo de la resolución extrajudicial en vía de acción o de excepción, declarar mal resuelto el contrato en la vía extrajudicial y señalar nuevo plazo para cumplir*» (cursiva nuestra)²⁴⁶.

Y vigente el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU y relacionándolo con el artículo 1124 CC, la autora reitera su opinión. Tras transcribir el artículo 66 bis, 1 y 2, TRLGDCU, afirma: «Sin embargo, creo que es posible afirmar con carácter general que si el plazo de gracia con-

²⁴⁵ GONZÁLEZ CARRASCO (2014) tomo II, pp. 1279-1281.

²⁴⁶ GONZÁLEZ CARRASCO (2014) tomo II, nota 8 en p. 1280.

cedido extrajudicialmente por el acreedor [...], *ha sido razonable*, y el incumplimiento es objetivamente imputable al deudor, el Juez no debe otorgar un plazo adicional para el cumplimiento en virtud de la posibilidad que le concede el art. 1124 III CC. No debe hacerlo por dos razones./ En primer lugar, porque es una solución antieconómica, que aumenta el esfuerzo deuditorio y los costes de indemnización a costa de un deudor incumplidor que posiblemente no pueda cumplir en el futuro. [...]/ En segundo lugar, porque el propio art. 1124 CC parte de la solución que aquí se propone cuando afirma que *el Tribunal decretará la solución [sic; resolución] que se le reclame a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*. Y la concesión de un plazo de gracia extrajudicial debe ser suficiente para privar de justificación a un plazo judicial para el cumplimiento que la norma contempla con carácter claramente restrictivo./ En tercer lugar, y ésta es la razón fundamental, porque es la única forma de acabar con la gran inseguridad jurídica del acreedor en torno a los efectos de una resolución extrajudicial. [...]. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la resolución extrajudicial es eficaz, pero someten dicha eficacia a su falta de discusión en sede judicial, de modo que si el contratante requerido no está de acuerdo con la misma o solicita el cumplimiento, en verdad será la sentencia de fondo la que ratificará una resolución ya producida con anterioridad o por el contrario, considerará ineficaz la comunicación resolutoria producida extrajudicialmente./ [...]. En el segundo caso, será la sentencia la que deberá fijar un plazo para el cumplimiento pudiendo acompañar la condena al cumplimiento de la declaración de resolución para el caso de que aquél no se verifique en el plazo impuesto (Título V del Libro III, arts. 699 a 720 LEC)»²⁴⁷.

[95] *La forma del requerimiento.*—El artículo 66 bis.2.I TRLGDCU no impone *determinada forma* para la validez del requerimiento al vendedor para el cumplimiento. Hay libertad de forma (argumento art. 1278 CC; *cfr.* art. 1279 CC). Otra cosa es la cuestión de su prueba, si ello es menester.

[96] *Los remedios del consumidor vigente el plazo adicional para el cumplimiento.*—El artículo 66 bis.2.I TRLGDCU no regula qué sucede con los remedios del consumidor *durante* el plazo adicional. Pese al silencio, es adecuado entender que durante el mismo el consumidor *podrá ejercitar* aquel remedio derivado del incumplimiento *que no contradiga su petición de cumplimiento* (art. 7.1 CC). Por consiguiente, *podrá ejercitar la suspensión total* de su obligación de pago del precio. En cambio, *no podrá ejercitar* aquel remedio por incumplimiento *que contradiga su petición extrajudicial de*

²⁴⁷ GONZÁLEZ CARRASCO (2014) tomo II pp. 297-299; v. hasta p. 301.

cumplimiento (art. 7.2 CC). En consecuencia, *no podrá judicialmente exigir* del vendedor la entrega del bien. *Tampoco podrá resolver* la relación de compraventa.

Sobre la *indemnización de daños y perjuicios*, el consumidor podrá exigir del empresario la reparación de los daños sufridos por el primer retraso y los que pueda sufrir durante el plazo adicional (art. 59.2.I TRLGDCU, arts. 1101 y ss. CC). Pues, *el mero hecho de fijar un plazo adicional para el cumplimiento no implica que aquél haya renunciado a la indemnización de los daños que pueda sufrir por el retraso*²⁴⁸.

No hubiera estado de más que en el TRLGDCU se hubieran dispuesto los efectos que sobre los remedios del consumidor tiene el haber concedido un plazo adicional al vendedor para el cumplimiento, durante su vigencia.

A) Lo hacen los artículos 47.2 y 63.2 CISG, 7.1.5 (2) Principios UNIDROIT, 8:106 (2) primera regla PECL, III.-3:103 (2) DCFR [*supra* [9] A), [10] A), [11] A), [12] A), [16] A)]. Puede comprobarse que con fundamento en la buena fe (art. 7 CC; también art. 1258 CC) llegamos a las mismas reglas que de modo expreso se recogen en esos artículos.

[97] *La resolución condicionada y automática.*—Según el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU, si el empresario no entrega el bien en el plazo adicional, el consumidor «tendrá *derecho a resolver* el contrato». Entonces, ¿sería válida la resolución automática que el consumidor hubiere dispuesto, *condicionándola* al transcurso infructuoso del plazo adicional que hubiera fijado al empresario para la entrega? Sí. También Carrasco Perera lo admite, recordándonos el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC²⁴⁹.

A) Posibilidad expresamente admitida por los artículos 7.3.1 (3) *in fine* Principios UNIDROIT, 8:106 (3) segunda regla PECL,

²⁴⁸ Para el artículo 66 *bis*.2 TRLGDCU, CARRASCO PERERA: «Durante el plazo adicional, el comprador no puede resolver el contrato por falta de entrega, pero la mora del vendedor no queda *purgada* merced a esta segunda oportunidad, por lo que el acreedor puede reclamar la indemnización de los daños que resulten de esta demora» [*cursiva del autor*; en nota 9, apoya la afirmación en el art. 47.2 CISG; *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 9 p. 42].

²⁴⁹ CARRASCO PERERA: «Sería erróneo interpretar esta locución [la de “tendrá derecho a resolver el contrato”] en el sentido de que el comprador ha de esperar a que transcurra el plazo adicional antes de declarar producida la resolución. Al contrario, la notificación (requerimiento) con concesión de plazo adicional puede ser en sí misma de tipo resolutorio, condicionado este efecto al transcurso del plazo, sin necesidad de renovar la manifestación de resolución; igual que ocurre con el clásico requerimiento resolutorio del art. 1504 CC» [*Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 9 p. 42].

III.-3:507 (2) DCFR²⁵⁰ [*supra* [11] A), [12] A), [18] A)]. También por el artículo 621-41.5 *in fine* PCCCat. [*supra* [63] A)].

2.10 Los incumplimientos del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU: el retraso no esencial y el esencial en la entrega del bien

2.10.1 EL RETRASO NO ESENCIAL DEL ARTÍCULO 66 BIS.2.I TRLGDCU Y SU COMPARACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1124 CC. PARTICULAR REFERENCIA AL RETRASO EN LA ENTREGA DE INMUEBLE A CONSTRUIR, LA INCIDENCIA DE LA NO OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN Y LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1124 CC

[98] Interpretado literalmente, el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU se aplica al incumplimiento *del retraso no esencial en la entrega del bien*²⁵¹.

A) Y de modo *expreso*, para el retraso en el cumplimiento no esencial, disponen la *Nachfrist* y la resolución los artículos 7.1.5 (3) primera regla Principios UNIDROIT, 8:106 (3) primera regla PECL, III.-3: 503 (1) DCFR, y 135.1 CESL; y para el retraso en la entrega no esencial, el artículo 115.1 CESL. [*Supra* [11] A), [12] A), [17] A), [21] A), [20] A)].

[99] De modo distinto opera la resolución del artículo 1124 CC para el incumplimiento *del retraso*. Es consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que señala que si el retraso en el cumplimiento *no frustró el fin del contrato*, no hay incumplimiento esencial y el acreedor no dispone de la resolución. Por el contrario, si el retraso en el cumplimiento *frustró el fin del contrato*, el incumplimiento es esencial y el acreedor podrá, si quiere, resolver la relación contractual con fundamento en el artículo 1124 CC (así el ejemplo clásico del incumplimiento del término esencial).

²⁵⁰ Sobre el efecto automático de la resolución condicionada, ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 10 p. 520, y DANNEMANN, «Comentario del artículo 135 CESL» (2012) núm. 12 p. 590.

²⁵¹ CARRASCO PERERA: «El art. 66 bis 2 consagra normativamente un principio largamente sostenido por la jurisprudencia civil común, dentro y fuera del Derecho de consumidores; a saber, que el plazo de entrega no es esencial por principio y la demora en el cumplimiento no comporta como regla un incumplimiento resolutorio. Confirma igualmente que el vendedor incumplidor en general *merece una segunda oportunidad* de cumplimiento, como ya se reconoce en el texto vigente de la LGDCU (art. 121) para el incumplimiento consistente en falta de conformidad de la mercancía» [*cursiva del autor*; *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014), núm. 9 pp. 41-42].

A) Acudiendo de nuevo a la obra *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1998) de Clemente Meoro:

«[165] Si la inexecución de la prestación se debe a causa imputable al deudor la posibilidad de resolver dependerá de los siguientes criterios, según se desprende de doctrina del Tribunal Supremo:

[166] a) El mero retraso en el cumplimiento, cuando la prestación continúa siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. En tales casos el Tribunal denegará la resolución, la considerará no ajustada a Derecho o señalará plazo si existen causas justificadas, conforme al párrafo 3.º del artículo 1124.

[...]

[167] b) Sin embargo, faculta para resolver el retraso en el cumplimiento —esto es, la inexecución—, que determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, o un interés atendible en la resolución por el otro contratante.

[...]

En el supuesto de frustración del fin práctico perseguido por el negocio cabe encuadrar los casos de incumplimiento de un término esencial [...], tanto si el término es esencial desde el punto de vista objetivo, como si ha sido elevado a tal por la voluntad de las partes, estableciendo éstas que la simple inexecución en una determinada fecha facultará para resolver. Sin embargo, en este último caso, la resolución puede ser contraria al principio de buena fe contractual»²⁵².

[100] Junto con que el dato de que el retraso en el cumplimiento *no esencial* no atribuya directamente la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, dicho retardo plantea ciertos problemas prácticos, de entidad, al acreedor. Hace ya años (en 1979) y en su obra *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Cardenal Fernández llamaba la atención sobre que el retraso en el cumplimiento provocaba al acreedor un estado de *incertidumbre*, de carácter *transitorio*. ¿Llegará a cumplir el deudor? Si acaso cumpliera, en ese otro (segundo) momento temporal, el acreedor ¿seguirá legítimamente interesado en el cumplimiento de la obligación? ¿A partir de qué momento y por qué razón el retraso en el cumplimiento *no esencial* se transforma en *incumplimiento esencial (incumplimiento definitivo)*?²⁵³.

²⁵² Más adelante, CLEMENTE MEORO se refiere a la superada doctrina jurisprudencial de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: «[168] c) También determinará la resolución el retraso en el cumplimiento que evidencia una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, pues el Tribunal Supremo ha acudido a tal criterio para distinguir el mero retraso involuntario o justificado, que implica voluntad y efectividad de posterior cumplimiento y, en consecuencia, ausencia de culpa, de la actividad culposa y decidida de no cumplir, que implica carencia de esa voluntad y, en definitiva, no retraso, sino incumplimiento» [CLEMENTE MEORO (1998) pp. 321-325; [162]-[172] pp. 320-335].

²⁵³ Teniendo presente que su exposición es de 1979 y no compartiendo algunas de sus consideraciones, son de interés las siguientes reflexiones de CARDENAL FERNÁNDEZ: «El otro momento en el que es contemplado el retraso, es decir, desde que nace y mientras

[101] El artículo 1124 CC no soluciona directamente esas preguntas; sí, el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU. Pues, frente a los problemas prácticos de incertidumbre que la resolución del artículo 1124 CC genera al acreedor –(1) la *incertidumbre de no poder predecir con absoluta certeza si el deudor finalmente cumplirá, y si lo hiciera, cuándo será*; (2) la incertidumbre sobre *si cuándo el deudor inicialmente incumplió, ya disponía de la resolución porque, al entender del acreedor, el incumplimiento había frustrado el fin del contrato y así será valorado por los jueces*; y (3) la *incertidumbre* sobre, si inicialmente no disponía de la resolución porque el retraso del deudor no había frustrado el fin del contrato, *a partir de qué momento, continuando el retraso, dispondrá ya de la resolución*– la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU ofrece al consumidor mayor y notable certeza, y por ello, mayor seguridad. Mediante la sencilla operación de fijar al empresario un plazo adicional para la entrega del bien de duración adecuada, el consumidor aclarará si aquél finalmente cumplirá. Y si no llega a

subsiste, designado como retraso en el cumplimiento, indica la situación jurídica en que viene a encontrarse la relación obligatoria cuando, vencido el término dentro del cual la obligación debía ser cumplida, el deudor no ha cumplido y no se sabe si cumplirá. Esto califica a la situación por la incertidumbre en que viene a encontrarse la relación obligatoria que no ha sido cumplida, pues, aun habiendo vencido el término, sin embargo, podría todavía ser cumplida. También la transitoriedad es característica de esta situación, porque en todo caso aquella ha de resolverse ya con el cumplimiento, ya con el incumplimiento definitivo. La provisionalidad de esta situación viene implícitamente recogida en las normas acerca de la constitución del deudor en mora. [...]. Cabe, en principio, un cumplimiento tardío porque el vencimiento infructuoso del término no impide, como regla, el cumplimiento de la obligación, ni justifica el rechazo de la prestación tardía. Ello es así por la consideración legal del término como modalidad normalmente no esencial para el interés del acreedor (piénsese en la excepcionalidad del supuesto del art. 1100, 2.º C.c., no ya a los efectos de la preclusión del derecho a cumplir tardíamente, sino a los menos graves de la automática incursión del deudor en mora), y por la explícita previsión legal de alguna hipótesis en la que el legislador autoriza al acreedor a rechazar una prestación tardía (art. 1505 C.c.). Precisamente porque en algunos casos el vencimiento infructuoso del término (que por esta razón se denomina “término esencial”) precluye la posibilidad de un cumplimiento tardío, se llega a la conclusión de que, como regla, un vencimiento infructuoso del término no impide un cumplimiento ulterior de la obligación./ [...] Dentro de este aspecto del retraso como estado de no cumplimiento, o de cumplimiento que todavía no se ha verificado [...], el problema que se plantea es éste: en qué casos no es posible hablar de incumplimiento provisional porque el vencimiento no atendido puntualmente trae consigo una situación de incumplimiento definitivo; o también, admitido el estado de incumplimiento provisional, ¿hasta cuándo puede durar esta situación? En la mayoría de los casos, sólo “después” se sabe si hubo cumplimiento retrasado (porque la situación de incertidumbre y transitoriedad terminó con el cumplimiento, aunque retrasado), o incumplimiento definitivo (porque no llegó a producirse en absoluto el cumplimiento)./ A la pregunta formulada de hasta cuándo debe durar la situación de no cumplimiento como incierta y provisional, ante un vencimiento infructuoso del término, ha de responderse que, como principio, esta situación sólo cesa cuando concurra alguna circunstancia que excluya el cumplimiento retrasado. Este aspecto del tiempo en el cumplimiento, cuya inobservancia rigurosa trae consigo la calificación de incumplimiento definitivo, aún sin previa constitución del deudor en mora, será objeto de tratamiento en el capítulo II» [CARDENAL FERNÁNDEZ (1979) pp. 48-50].

cumplir en el plazo adicional adecuado, el consumidor dispondrá *por ley* de la resolución (art. 66 *bis*.2.I TRLGDCU).

En conclusión, en la resolución del artículo 1124 CC, si media discusión entre el vendedor y el comprador sobre si el incumplimiento del primero fue resolutorio, *corresponderá a los jueces valorar y calificar si el retraso en el cumplimiento conllevó la frustración del fin del contrato*. En el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU, los jueces controlarán *si el plazo adicional fijado por el consumidor al empresario para la entrega del bien fue adecuado a las circunstancias y si, siéndolo, el empresario incumple de nuevo, al no entregarlo, el consumidor dispone, por ley, de la resolución*.

[102] *Particular referencia al incumplimiento del retraso en la entrega del inmueble a construir, la incidencia de la no obtención de la licencia de primera ocupación y la resolución del artículo 1124 CC.*—El Tribunal Supremo ha venido conociendo de casos en los que el vendedor no entregó la vivienda al comprador en el plazo estipulado debido a la ausencia de la licencia de primera ocupación, y ante tal incumplimiento, el comprador ejercita la resolución²⁵⁴. Son casos que presentan interés por solucionarse con la expuesta jurisprudencia del incumplimiento del retraso y su condición de haber o no frustrado el fin del contrato a efectos de la resolución.

Dejando para más adelante los supuestos de no entrega de inmueble en plazo a los que se les aplique el artículo 3 de la Ley 57/1968 (*infra* [175]), vamos a referirnos ahora y con detenimiento a la importante STS, 1.^a, de Pleno, 10.09.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Cendoj, Roj STS 7649/2012). En síntesis, el vendedor (promotor): (1) había incumplido su obligación de entregar el inmueble en plazo, pues, en la segunda fecha fijada para la entrega *no existía la certificación final de obra*; y (2) *había incumplido su obligación de obtener la licencia de primera ocupación del inmueble*²⁵⁵. Los compradores demandaron al vendedor, ejercitando la

²⁵⁴ Para un análisis jurisprudencial de los últimos años sobre el incumplimiento del vendedor del retraso en la entrega del inmueble y el remedio del comprador de la resolución, CLEMENTE MEORO (2014) pp. 327-335; v. hasta p. 337.

²⁵⁵ Más pormenorizadamente (FD 1.^o): (1) El 5 de febrero de 2004 se celebró contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción, de vivienda y garaje anejo inseparable; (2) Los compradores hicieron diversos pagos parciales; se pactó que el resto del precio se haría en el acto de otorgamiento de la escritura notarial y entrega de la vivienda, lo que sucedería antes del 1 de julio de 2005; el vendedor podía prorrogar dicho plazo hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo; (3) También se estipuló “que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente *certificado final de obras*” (cursiva nuestra); (4) Las obras *no* se finalizaron el 1 de julio, operando la prórroga pactada; (5) El 31 de octubre tampoco se otorgó la escritura, ni se entregaron los inmuebles; (6) El 18 de noviembre de 2005, el vendedor comunicó a los compradores que se había expedido la *certificación final de la obra* y les exhortó a fijar fecha para el otorgamiento de la escritura; (7) El 9 de enero de 2006, los compradores comunicaron al vendedor su voluntad de resolver, por haber expirado el plazo de entrega

resolución de la relación de compraventa, junto con otras peticiones. En primera instancia se *desestimó* la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y *declaró la resolución*. El vendedor recurrió en casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso²⁵⁶. El Alto Tribunal recuerda: «A) La jurisprudencia más reciente [...] viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento *pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte* [...], cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1. [2.b]) [*sic*] “—que se citan con carácter orientador para la interpretación de la normativa contractual contenida en nuestro sistema jurídico”, cuando se “priva sustancialmente” al contratante, en este caso, al comprador, “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”. Entre las lógicas expectativas del comprador se encuentra la de recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la

de la vivienda; (8) El 17 de enero de 2006, los compradores solicitaron copia de la certificación final de obra y de la licencia de primera ocupación; (9) A raíz de tal comunicación, el 19 de enero de 2006, el vendedor solicitó del Ayuntamiento de Marbella la licencia de primera ocupación, no obtenida hasta entonces; (10) El 2 de junio de 2006, el vendedor requirió de nuevo a los compradores para otorgar escritura pública, negándose estos últimos el 27 de junio de 2006 por considerar que el vendedor no podía entregar la vivienda sin la oportuna licencia de ocupación.

CLEMENTE MEORO: «[...]». De la jurisprudencia resulta que muchas veces se pacta: / [...] / c) La entrega desde cierto suceso que depende de la actuación del vendedor [...]: desde el otorgamiento de la licencia de obras; [...]: desde el certificado final de obra], de manera que no queda suficientemente determinada la fecha de entrega. / Debe ser considerada nula y no podrá producir ningún perjuicio al comprador la cláusula en la que se indique que el plazo de entrega de la vivienda empezará a contarse desde la obtención de ciertos documentos, como la licencia de obra, el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación, cuya solicitud y obtención, además, está en manos del promotor-vendedor y recae sobre él el riesgo de no obtener alguno de estos documentos» [(2014) pp. 326-327].

²⁵⁶ El Juzgado consideró no probado el incumplimiento esencial del vendedor. El comprador recurrió y la Audiencia Provincial declaró la resolución: entendió que el vendedor había realizado «un incumplimiento esencial con efectos resolutorios (art. 1124 CC), pues, aun a falta de pacto expreso al respecto, la obtención de licencia formaba parte de sus obligaciones como forma de garantizar la entrega efectiva de la vivienda a fin de que pudiera servir para todos los usos a que se destina» (FD 1.º, núm. 11). El vendedor recurrió en casación. Aparte de otros argumentos secundarios, alegó infracción del artículo 1124 CC por considerar «que la obtención de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, a falta de pacto expreso al respecto, no constituye una obligación esencial del vendedor, sino una obligación accesoria del deber esencial de entrega, de suerte que su incumplimiento no permite estimar la resolución instada de contrario» (FD 2.º). El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC)./ *Con respecto al plazo de entrega, constituye igualmente jurisprudencia de esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011 [...], la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora cuando se dan los presupuestos que, entre otros, establece el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican los artículos 1101 CC, 1096 CC y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia ha entendido exigible, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que les correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un “interés jurídicamente atendible”. Mediante esta expresión se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso que puede tener el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato cuando se basa en un incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas, cosa que ocurre cuando el incumplimiento alegado no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales o encubre el simple deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios./[...]. Para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, que sea capaz de frustrar la satisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo [...], lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato» [FD 3.º, A); cursiva nuestra].*

A) *Sobre la doctrina general de la obligación del vendedor-promotor de obtener la licencia de primera ocupación.*—Según el Tribunal Supremo, aquella obligación se incluye en la de entregar el inmueble aunque ello no se haya expresamente pactado, con fundamento en el artículo 1258 CC. Para el Tribunal, las partes pueden pactar que la obtención de la licencia de primera ocupación sea una obligación esencial y su no obtención permite al comprador resolver. Si las partes no le atribuyen ese carácter de obligación esencial, no puede darse un juicio definitivo aplicando en abstracto reglas generales, sino que hay que examinar las circunstancias del caso para determinar si procede la resolución de la relación contractual. La obtención de la licencia de primera ocupación es

obligación *accesoria* y su incumplimiento *no* atribuye al comprador el remedio de la resolución, *si su no obtención solo responde a la sobrecarga o al retraso de la Administración concedente y el retraso no ha de considerarse, en sí mismo, como esencial y habilitante para la resolución*. Y si la *no obtención de la licencia de primera ocupación se debe a problemas en el sentido de que el vendedor no la obtendrá* (incumplimiento de normativa; imposibilidad fáctica de que el inmueble permita la habitabilidad) *entonces tal incumplimiento permite resolver*.

Por último, *sobre la carga de la prueba*, el Tribunal Supremo señala que corresponde al vendedor probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la obligación de obtención de la licencia de primera ocupación y demostrar que su retraso no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado. [FD 3.º B), FD 3.º C)]²⁵⁷.

²⁵⁷ STS, 1.ª, de Pleno, 10.09.2012, FD 2.º B): «[...] Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo –ajeno en principio a la parte compradora– de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. / Ahora bien, que se trate de una obligación que incumbe al promotor-vendedor al amparo del 1258 CC –como consecuencia inherente a la naturaleza del contrato y conforme con la buena fe, el uso y la ley– no significa que siempre tenga un carácter esencial, de modo que su incumplimiento permita ejercitar la pretensión resolutoria. Para fijar las consecuencias de su incumplimiento es preciso determinar en cada caso si el incumplimiento de esta obligación tiene o no carácter esencial, pues ha quedado dicho que únicamente la infracción de una obligación esencial, no accesoria, puede entenderse determinante de la frustración del fin del contrato y justificar la resolución del mismo. / (i) En este sentido, en primer lugar resulta concluyente lo que las partes hayan pactado, pues si la entrega de la cédula se convino con carácter de obligación esencial del vendedor es obvio que su incumplimiento puede dar lugar a la resolución, habida cuenta que el artículo 1469 CC obliga a entregar la cosa junto a todo lo que se exprese en el contrato en aras del principio general de libertad contractual de pactos. / (ii) Si la entrega de la cédula no se convino expresamente con tal carácter de obligación esencial, para enjuiciar la procedencia de la resolución instada por el comprador por su falta de entrega no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias del caso. Serán estas las que permitirán entender justificada o no la resolución pretendida, según la falta de obtención de la licencia se revele, respectivamente, como esencial o accesoria para el cumplimiento de los fines del contrato. La entrega de la licencia debe considerarse como obligación accesoria, y por tanto inhábil para que pueda prosperar la acción resolutoria del comprador fundada en su ausencia, cuando la falta de concesión responde sólo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento. Es así necesario para que concurra este supuesto que la falta de licencia no resulte impedimento sustancial para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros dentro del plazo exigible para su entrega y que el retraso en la entrega no deba considerarse por sí mismo como sustancial y habilitante para la resolución del contrato, con arreglo a los principios que antes se han enunciado» (cursiva nuestra).

Y en el FD 3.º C) de la sentencia: «[...] / La Sala, reunida en Pleno, observa que, de acuerdo con los principios que se han desarrollado hasta aquí, la anterior solución no tiene carácter absoluto y, en consecuencia, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios: / (i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato. / (ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licen-

B) *Y para los incumplimientos del caso.—B.1)* Sobre que las obras no estaban finalizadas –faltaba el certificado final de obra– y por ello el vendedor no pudo cumplir su obligación de entrega en el segundo y último de los plazos estipulados, el Tribunal Supremo considera que *no hubo incumplimiento resolutorio* pues el certificado final de obra se expidió poco tiempo después del segundo y último plazo estipulado para la entrega (tardó poco más de una semana) y «no parece lógico que [se] hayan podido quebrar sus expectativas contractuales [las del comprador], habida cuenta de que el plazo no se estableció en el contrato con el carácter esencial para la satisfacción de aquéllas» [FD 3.º D)]²⁵⁸.

B.2) Sobre la no obtención de la licencia de primera ocupación, el Tribunal Supremo destaca que los contratantes *no contemplaron* «ese deber [de obtención de la licencia] como una obligación esencial de la que dependiera el buen fin económico del mismo, pues nada dijeron al respecto en el documento privado de compraventa» [FD 3.º D)]. No operando el primero de los criterios –el del pacto de obligación esencial del que dependiera el buen fin económico del contrato– el Tribunal Supremo analiza si la obligación de la obtención de la licencia de primera ocupación *tiene la condición de esencial dadas las circunstancias concurrentes*, pues no es lo mismo *un mero retraso no imputable a la promotora que no permite la resolución*, que la no obtención de la licencia *tenga por causa su imposibilidad de obtención lo que conllevaría la frustración de las legítimas expectativas del comprador* [FD 3.º D)]. Según el Tribunal Supremo, «[...] *la promotora*, que solicitó la licencia de primera ocupación de los edificios en que se encuentran integrados la vivienda y el garaje objeto de venta en ese pleito dos días después de que los compradores formularan requerimiento resolutorio, *no ha acreditado que la falta de licencia obedezca a una simple demora, y no [obedezca] a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento*, esto es, no ha demostrado que no existan obstáculos para su obtención. *Esta tesitura justifica la resolución contractual instada por la parte compradora en el entendimiento de que no puede ser obliga-*

cia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión *no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención [sic; la] de la legislación y/o planificación urbanística*, ya que en ese caso se estaría haciendo *imposible o poniendo en riesgo* la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente./ (iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, *corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora* (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, *demonstrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado*» (cursiva nuestra).

²⁵⁸ El texto continúa: «Un indicio significativo para interpretar que el cumplimiento de los fines económicos del contrato para ambas partes no se hizo depender de dicho plazo es el hecho de que, después de expresar la parte compradora su voluntad resolutoria en contestación a los requerimientos de la vendedora tendentes a cumplir lo pactado, procedió posteriormente a centrar su negativa a escriturar en otros incumplimientos que nada tienen que ver con dicho plazo, como la falta del referido certificado de final de obra y de licencia de primera ocupación» [FD 3.º D)].

da a escriturar y a cumplir con su parte del contrato cuando subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia de primera ocupación, al no haber logrado, como le incumbía, disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento» [FD 3.º D); cursiva nuestra]²⁵⁹.

2.10.2 EL RETRASO ESENCIAL Y EL ARTÍCULO 66 BIS.2.I TRLGDCU

[103] En mi opinión, aunque el retraso en la entrega del bien pueda ser un incumplimiento esencial y por consiguiente, el consumidor pueda ya mismo resolver la relación de compraventa (*cf.* art. 66 bis.2.II TRLGDCU), entra en lo posible que prefiera dar al empresario una nueva oportunidad para cumplir fijándole un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Esto es, aunque su caso encaje en el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU, el consumidor puede, si quiere, acogerse a la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU. Si el consumidor procede así, no podrá durante el plazo adicional concedido ejercitar la resolución. Y si transcurre el plazo adicional sin que el vendedor le haya entregado el bien (o indica que no cumplirá en él), el consumidor *recobra (revive)* la posibilidad del ejercicio de la resolución.

A) *Supra* [11] y [12], vimos que los artículos 7.1.5 de los Principios UNIDROIT y 8:106 (3) PECL disponen la *Nachfrist* y la resolución para el retraso en la entrega *no* esencial, y que en sus Comentarios oficiales se señala la posibilidad de que, ante un incumplimiento *esencial* –que permite al acreedor resolver *de inmediato* la relación jurídica– este prefiera dar al deudor un nuevo

²⁵⁹ También sobre licencia de primera ocupación, obtenida con un retraso de cuatro meses, la STS, 1.ª, 01.04.2014 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, Cendoj, Roj STS 1239/2014) en cuyo FD 3.º se menciona a la STS, 1.ª, de Pleno, 10.09.2012 y a posteriores sentencias del Tribunal Supremo en las que se trata de la misma cuestión; según su FD 6.º: «De acuerdo con el mismo precepto, procede reiterar, en interés casacional, que a falta de pacto expreso sobre su entrega en un determinado plazo que las partes hayan fijado como esencial, el breve retraso en la obtención y consiguiente entrega de la licencia de primera ocupación, cuando sea debido a trámites administrativos habituales, en tanto que no frustra las expectativas contractuales del comprador, no constituye un incumplimiento grave y esencial de la parte vendedora que justifique la resolución del contrato por la parte compradora con base en el art. 1124 CC»; y según su FD 4.º último párrafo: «En definitiva, la realidad social de la crisis económica impone a los tribunales la búsqueda de soluciones equilibradas que, ante contratos de compraventa de vivienda celebrados antes de manifestarse la crisis pero que deban consumarse después, tengan en cuenta las circunstancias sobrevenidas que dificulten el cumplimiento de sus obligaciones por el comprador pero, también, eviten pretensiones meramente oportunistas de este de desvincularse del contrato alegando como incumplimientos esenciales del vendedor los que no sean tales».

plazo para cumplir (*Nachfrist*) y si el deudor vuelve a incumplir, aquél recobrará la posibilidad de la resolución.

Los artículos 8:103 PECL²⁶⁰ y 7.3.1 de los Principios UNIDROIT²⁶¹ definen el incumplimiento esencial.

2.11 Los remedios del consumidor *tras* el transcurso del plazo adicional para el cumplimiento (*Nachfrist*)

[104] Nos ocupamos de las dos siguientes situaciones.

2.11.1 SI EL EMPRESARIO *NO* ENTREGA EL BIEN EN EL PLAZO ADICIONAL: LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 66 *BIS*.2.I TRLGDCU Y SUS EFECTOS LIBERATORIO Y RESTITUTORIO; SU COORDINACIÓN CON EL RESTO DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO

[105] Ante la no entrega, el consumidor –que *no* hubiere dispuesto la resolución automática condicionada al incumplimiento del empresario (*supra* [97])– *podrá* resolver. Así, lo dispone el artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU.

Si el consumidor resuelve, se *libera* del cumplimiento de sus prestaciones (pago del precio, etc.). Si hubiere pagado todo o parte del precio, podrá exigir *su restitución*. El artículo 66 *bis*.3, *primera frase*, TRLGDCU se ocupa de la restitución, ordenando al empresario el reembolso *sin ninguna demora indebida de todas las cantidades* que el consumidor hubiere pagado en virtud del contrato (art. 18.3 de la Directiva 2011/83/UE²⁶², *supra* nota 168; *cf.*: art. 21.1.II TRLGDCU).

²⁶⁰ Artículo 8:103 PECL: «*Fundamental Non-Performance*/ A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or/ (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or/ (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance». Artículo 9:301 PECL: «*Right to Terminate the contract*/ (1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental/ [...]».

²⁶¹ Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT: «*Derecho a resolver el contrato*/ (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial./ (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:/ (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;/ (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;/ (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento./ (3) [...]».

²⁶² Sobre el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE y la restitución de la resolución del artículo 1124 CC, FENYOY PICÓN, *ADC* (2013) [36]-[39] pp. 784-789.

En su segunda frase, el artículo 66 bis.3 TRLGDCU prescribe una norma que la Directiva 2011/83/UE no prevé. No es norma que sorprenda en el ámbito de la protección de los consumidores. Consiste en que, si el empresario se retrasa *injustificadamente* en la devolución de aquellas cantidades, el consumidor puede reclamar el *doble de la suma adeudada, sin perjuicio* de la indemnización de los daños que excedan de esa cantidad (cursiva nuestra)²⁶³. La prueba de que las devoluciones se hicieron en plazo *corresponde al empresario* (art. 66 bis.4 TRLGDCU; tampoco esta norma se encuentra en la Directiva 2011/83/UE; *supra* nota 168).

[106] El «*tendrá derecho [el consumidor] a resolver*» del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU supone, que transcurrido el plazo adicional *sin* que el empresario haya entregado el bien, la relación de compraventa *no se resuelve automáticamente, ni el consumidor tiene la obligación de resolver. La resolución es una opción del consumidor*, entre otras. Y si lo quiere, *podrá volver a exigir extrajudicialmente la entrega del bien* (tercera oportunidad para el cumplimiento), *o podrá exigirlo judicialmente* (distinto es que a efectos prácticos convenga insistir en el cumplimiento si el bien es fungible; art. 59.2.I TRLGDCU, arts. 1096, 1124 CC).

Junto con la opción entre resolver o exigir el cumplimiento, el consumidor puede reclamar la oportuna indemnización de daños (art. 59.2.I TRLGDCU, arts. 1101 y ss. CC). Mientras el empresario no entregue el bien, el consumidor puede suspender el cumplimiento de su obligación de pago del precio, o suspenderlo en lo que no hubiere todavía pagado [art. 59.2.I TRLGDCU, arts. 1100. III, 1124, 1502 CC²⁶⁴; *cfr.* art. 18.4 de la Directiva 2011/83/UE, *supra* nota 168, y Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE²⁶⁵].

²⁶³ Cfr. artículos 76 (cuando el consumidor ejercitó su derecho de desistimiento), 110 (para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; v. derogado art. 104 TRLGDCU para los contratos celebrados a distancia) TRLGDCU.

²⁶⁴ Sobre la suspensión del pago del precio por el comprador, BUSTOS VALDIVIA (1999) pp. 55-113; para los requisitos y presupuestos de tal suspensión, *op. cit.* pp. 117-183 (v. en particular pp. 141-144, en las que la autora indica para el art. 1502 CC que la doctrina señala que el vendedor ha entregado la cosa, con cita de García Cantero, Albarca, Rivero Hernández, Puig Peña, y Castán; desde su posición de construir con carácter general la suspensión del pago del precio por parte del comprador, la autora indica: «[...] no tiene sentido que se requiera como presupuesto para poder suspender el pago del precio la entrega de la cosa, ya que puede suspenderse siempre que exista incumplimiento, oponiendo o bien la 'exceptio non adimpleti contractus' o bien la 'exceptio non rite adimpleti contractus', precisamente en este caso si existe entrega aunque irregular, o más sencillo ante un incumplimiento ya sea total o parcial o defectuoso, cabe la suspensión del pago», *op. cit.* pp. 142-143, v. pp. 117-118 y conclusión X en p. 255); y para los efectos de la suspensión del pago del precio, *op. cit.* pp. 237-246. Sobre las *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*, v. RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 83-114.

²⁶⁵ Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE: «Además del derecho a resolver el contrato cuando el comerciante incumpla su obligación de realizar la entrega conforme a lo dispuesto en la presente Directiva, el consumidor podrá recurrir, *de conformidad con*

2.11.2 SI EL EMPRESARIO ENTREGA EL BIEN EN EL PLAZO ADICIONAL

[107] El consumidor *no* puede resolver la compraventa pues, aunque más tarde de lo contractualmente previsto, aquélla *ha cumplido su fin*. Sí podrá exigir del empresario la reparación de los daños de los que este deba responder (art. 59.2.I TRLGDCU, arts. 1101 y ss., 1124 CC). La fijación del plazo adicional para el cumplimiento no implica que el consumidor hubiere renunciado a la reparación de los daños que el retraso en el cumplimiento le hubiere causado (*supra* [96]).

3. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1200.I PMCC

3.1 La presentación general del artículo 1200.I PMCC y su tenor literal

[108] *Supra* [52] señalamos que el artículo 1200.I PMCC regula la *Nachfrist* y la resolución, y el artículo 1199.I PMCC, el incumplimiento esencial, causa de resolución.²⁶⁶ San Miguel Pra-

la legislación nacional aplicable, a otras soluciones, como, por ejemplo, conceder al comerciante un plazo adicional para la entrega, imponer el cumplimiento del contrato, retener el pago y pedir daños y perjuicios» (cursiva nuestra).

En 2013: (1) consideré que no procedía transponer a nuestro Derecho el artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE, pues ya teníamos tal norma: el entonces artículo 59.2.I TRLGDCU que remitía a «las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (sobre el mismo *supra* [59]); la Ley 3/2014 no ha incorporado al TRLGDCU una norma equivalente a aquel artículo 18.4; y (2) señalé la oportunidad de que al TRLGDCU se incorporase una norma que dispusiera que el consumidor podría suspender el cumplimiento de sus obligaciones mientras no cumpliera el empresario. Afirmé: «En cambio, ni el TRLGDCU, ni el Código civil en su regulación específica de la compraventa reconoce *expresamente al comprador consumidor* el derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación cuando el vendedor no le entregue la cosa (*cf.*: art. 1502 CC). Por ello, la reforma del TRLGDCU, por causa de la Directiva 2011/83/UE, sería una buena oportunidad para indicarlo en relación con la obligación de entrega del vendedor y en relación con su obligación de entregar un bien conforme con el contrato. Ahora bien, esto no es algo que el legislador español tenga que hacer obligatoriamente. Esto es sólo algo oportuno de llevar a cabo, pues esta materia, la de los otros remedios del consumidor, no la armoniza la Directiva 2011/83/UE. Esta materia compete al legislador nacional [...]. Lo que el artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE viene a decirnos es, que la regulación del remedio de la resolución del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE no excluye que el comprador-consumidor pueda disponer de otros remedios (art. 59.2 TRLGDCU)» [cursivas del original; FENYO PICÓN, *ADC* (2013) [43] p. 809, v. [40]-[43] pp. 806-809; v. la nota anterior a esta].

²⁶⁶ (1) Sobre la *resolución* de los artículos 1199 a 1204 PMCC, entre otros: CLEMENTE MEORO, *BMJ*, año LXV, núm. 2131, mayo (2011) 16 pp.; FENYO PICÓN, *ADC* (2011) [75]-[117] pp. 1574-1622; ROCA TRÍAS, *BMJ*, año LXV, núm. 2132, junio (2011) pp. 15-20; SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2011) pp. 1685-1724; GÓMEZ CALLE, *ADC* (2012), pp. 64-79. Del incumplimiento anticipado y la resolución damos cuenta *infra* [196].

(2) Sobre *el incumplimiento y sus remedios* en la PMCC, entre otros: FENYO PICÓN, *ADC* (2010) pp. 47 ss., y *ADC* (2011) pp. 1481 y ss.; ROCA TRÍAS, *BMJ*, año LXV, núm. 2132, junio (2011) pp. 7-2; GÓMEZ CALLE, *ADC* (2012) pp. 36-43; MORALES MORE-

dera considera «buena solución» que la PMCC haya recogido ambas causas de resolución²⁶⁷.

A) Artículo 1200 PMCC:

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

También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

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

B) Artículo 1199.I PMCC:

«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.»

3.2 El análisis del artículo 1200.I PMCC teniendo presente el del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU, y posibles mejoras. Una propuesta de nuevo artículo para la PMCC: la regulación de la *Nachfrist* y sus efectos

[109] Basta la lectura contrastada de los mentados artículos para comprobar la *sustancial coincidencia* de sus regulaciones de la *Nachfrist* y la resolución. Razón por la que nos servimos del análisis del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU para el del 1200.I PMCC, además de conseguir aligerar la exposición del último.

Ahora bien, si para el artículo 66 bis.2.I TRLGDCU nos limitamos a interpretarlo considerado solo en sí, en el análisis del artículo 1200.I PMCC incide el hecho de que nos parezca oportuno que a la PMCC se incorpore un nuevo precepto que solo regule la *Nachfrist* en la línea, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo III.-3:103 DCFR [*supra* [16] A)]. Esto supone, que en el traslado del esquema de análisis del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU al del artículo 1200.I PMCC, algunas de las cuestiones que referimos al último habrían de desplazarse a ese propuesto nuevo artículo sobre la *Nachfrist* en la PMCC.

NO (2014) pp. 23-46; VERDERA SERVER (2014) pp. 47-94. (3) En otro plano, sobre la resolución y desde una perspectiva económica y dedicando especial atención al CESL, con indicación de otros textos (CISG, PECL, DCFR, CESL, ACM): GÓMEZ POMAR/GILI SALDAÑA, *ADC* (2014) pp. 1199-1252.

²⁶⁷ SAN MIGUEL PRADERA (2011) coord. De la Maza Gazmuri, p. 152, v. pp. 152-153; v. FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [77]-[79] pp. 1575-1582.

Pero puesto que este no existe, la siguiente exposición girará en torno al artículo 1200.I PMCC, y ello sin perjuicio de referirnos a dicho nuevo propuesto artículo como posible mejora de la PMCC.

[110] Sobre el artículo 1200.I PMCC:

a) El plazo que el acreedor fije al deudor para cumplir ha de ser de *duración razonable*. Ello significa que el deudor debe tener, con él, la *efectiva* posibilidad de cumplir. El acreedor debe *concretar* su duración. El artículo 1200.I TRLGDCU *no* recoge una regla de defecto (10 días, 30 días, etc.) para el supuesto en el que el acreedor dé plazo para cumplir y no hubiere fijado su duración.²⁶⁸ (V. *supra* [91]).

b) Si la duración del plazo adicional fijado no hubiere sido razonable –*plazo adicional insuficiente*– son posibles las soluciones: (1) el acreedor debe de nuevo requerir al deudor y fijarle otro plazo razonable; (2) no ha de requerir de nuevo al deudor; basta para que pueda resolver con el transcurso del plazo que efectivamente fuere razonable para cumplir sin que el deudor haya cumplido (el plazo se extiende); y (3) si notificado el plazo adicional para el cumplimiento al deudor, este no lo objeta, se entiende que el plazo es razonable (v. *supra* [92]).

San Miguel Pradera (2011) señala la oportunidad de que el artículo 1200.I PMCC hubiere solucionado el problema del plazo adicional insuficiente. Defiende la expuesta segunda solución (la de que el plazo se extiende)²⁶⁹. En mi opinión, ubicados en la *teoría general de las obligaciones y contratos*, son válidas desde el punto de vista de política legislativa la segunda y la tercera solución (esta última, que el plazo es razonable si no se objeta). Aunque seguramente sea la tercera solución la que ofrece mayor seguridad jurídica a las partes implicadas.

c) *Para su validez y eficacia*, el requerimiento de cumplimiento al deudor no exige especial forma. (V. *supra* [95]).

d) *Vigente el plazo adicional para el cumplimiento*, el acreedor puede ejercitar los remedios por incumplimiento que *no contradigan* la finalidad de la concesión de plazo (art. 7 CC). *Podrá* ejercitar la suspensión total o parcial del cumplimiento de su propia prestación.

²⁶⁸ FENOY PICÓN, ADC (2011) [85] p. 1590; SAN MIGUEL PRADERA, v. *infra*, en el cuerpo del texto, la siguiente letra d) de este mismo [110].

²⁶⁹ SAN MIGUEL PRADERA: «Además, sería conveniente que se aclarara qué sucede si la duración del plazo fijado por el acreedor no es razonable. Las soluciones posibles son dos: que la fijación del plazo sea ineficaz para declarar la resolución, o bien que el acreedor disponga del remedio resolutorio cuando transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. Me inclino por la segunda de las soluciones, puesto que se respeta la voluntad del acreedor otorgando plazo, y, simplemente, éste se prolonga hasta una duración razonable, de tal forma que los intereses de ambas partes quedan suficientemente protegidos» [ADC (2011) p. 1713, v. también de la autora (2011) coord. De la Maza Gazmuri, p. 155; FENOY PICÓN, ADC (2011) [85] p. 1590, d) y nota 274].

Y *no podrá* ejercitar los remedios por incumplimiento que contradigan su petición extrajudicial de cumplimiento (art. 7 CC). *No podrá* exigir el *cumplimiento judicial* al deudor, *ni resolver* la relación contractual. La concesión del plazo adicional para el cumplimiento *no implica* que el acreedor *renuncie* a la indemnización de los daños que el retraso le cause; conserva este remedio.²⁷⁰ (V. *supra* [96]).

San Miguel Pradera (2011) también entiende que, vigente el plazo adicional, el acreedor pueda suspender el cumplimiento de su obligación y exigir la indemnización de los daños, y que no dispone del resto de los remedios. Ahora bien, la autora hace esas afirmaciones *con un carácter general*, y no pensando estrictamente en el artículo 1200.I PMCC referido al remedio de la resolución. Pues, la misma propone como mejora de la PMCC *añadir un artículo a las «Disposiciones generales» del incumplimiento de la PMCC (arts. 1188 a 1191) que regule la Nachfrist y sus efectos*. Del modo que sigue hace su propuesta.

A) «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 concesión de un plazo adicional al deudor no deberían estar en las normas sobre la resolución por incumplimiento, sino en *las disposiciones generales del incumplimiento*, puesto que se trata de una figura que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento. En este sentido, sería muy conveniente que la reglamentación de esta figura especificara *cuáles son las consecuencias que tiene la fijación de dicho plazo adicional respecto a los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento*. *Mi propuesta a este respecto sería que se estableciera expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y de exigir una indemnización de daños, pero que no dispone del resto de remedios. Igualmente sería importante que se precisara que, transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento, puesto que, con esta concesión de un plazo adicional, no se está optando propiamente por uno de ellos. Además, habría que aclarar que no es necesario dejar transcurrir el plazo si el deudor anuncia que no cumplirá. Respecto a la duración del plazo adicional, creo que la solución de no establecer un plazo concreto, sino de exigir un plazo de dura-*

²⁷⁰ También SAN MIGUEL PRADERA, ADC (2011) p. 1712, como de inmediato se verá en el cuerpo del texto en la siguiente A).

ción razonable, es la mejor solución, pues permite atender a las circunstancias concretas del caso» (cursiva nuestra)²⁷¹.

Comparto lo que San Miguel Pradera propone. Aunque similares resultados puedan lograrse con el artículo 7 CC, es más adecuado que, en vez de tener que acudir a esa herramienta general, se cuente con un específico precepto que regule la *Nachfrist* y sus efectos; y que entre esos efectos se encuentran el de que, vigente aquella, el acreedor podrá ejercitar ciertos remedios y otros no.

Sobre lo que habría de llevarse a ese nuevo artículo sobre la *Nachfrist* y sus efectos, y lo que habría de indicarse en el artículo 1200.I PMCC, damos cuenta en este marginal [110] tras todas las letras en las dividimos el análisis del artículo 1200.I PMCC.

e) En su requerimiento al cumplimiento, el acreedor puede disponer que si el cumplimiento no se lleva a cabo en el plazo adicional indicado, se producirá *la resolución automática* de la relación contractual (resolución condicionada al incumplimiento del deudor; v. *supra* [97]). San Miguel Pradera ha señalado la oportunidad de que eso se indicare en la PMCC, *ahora para el artículo 1200.I PMCC*²⁷².

f) El artículo 1200.I PMCC se aplica al incumplimiento del deudor que *no hubiera sido esencial y también al que lo hubiera sido*. El artículo 1200.I PMCC no distingue²⁷³ (v. *supra* [98], [103]). Posiblemente, fuera oportuno que esto se señalare expresamente en aquel.

g) *Transcurrido el plazo adicional sin que el deudor haya cumplido*, si su inicial incumplimiento *no había sido esencial*, el acreedor *dispondrá*, en virtud del artículo 1200.I PMCC, de *la resolución*. Si el inicial incumplimiento del deudor había sido *esencial* y el deudor de nuevo incumple en el plazo adicional, el acreedor *recobra* el remedio de la resolución (art. 1199.I PMCC²⁷⁴).

²⁷¹ SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2011) pp. 1711-1712 y sus notas explicativas a pie de página; v. también de la autora (2011) coord. De la Maza Gazmuri, pp. 154-155.

²⁷² SAN MIGUEL PRADERA: «Además, puesto que está previsto que la resolución se ejercite mediante notificación al deudor [...] [v. art. 1199.II PMCC], sería conveniente especificar si, en la misma notificación de concesión de un plazo adicional para cumplir, el acreedor puede declarar la resolución en caso de transcurso infructuoso del plazo, de tal manera que la resolución opere automáticamente una vez transcurrido el plazo, o si, por el contrario, siempre será necesario que se realice la notificación de la resolución una vez que ha transcurrido infructuosamente el plazo adicional. No encuentro inconvenientes para que en una misma notificación el acreedor otorgue un plazo adicional para el cumplimiento y declare la resolución para el caso en el que el deudor deje 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 contratos» [*ADC* (2011) p. 1713].

²⁷³ FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [85] p. 1585 y nota 264 en donde reproduzco las opiniones de L. Díez-Picazo, Clemente Meoro, y Roca Trías; SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2011) p. 1710.

²⁷⁴ Sobre el artículo 1199.I PMCC, FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [82]-[83] pp. 1583-1584. Sobre dónde habría de ubicarse el artículo 1199.I PMCC en la PMCC, y la oportunidad de que se defina en qué consiste el incumplimiento resolutorio: SAN MIGUEL PRADERA (2011) coord. De la Maza Gazmuri, pp. 149-150.

El acreedor dispondrá también de los remedios del *cumplimiento forzoso de la obligación, de la suspensión del cumplimiento de su propia prestación mientras no cumpla el deudor, y de la indemnización de daños*. Esto es, dispondrá de aquellos remedios de los artículos 1190 a 1212 PMCC *cuyos requisitos reúna*²⁷⁵ [v. *supra* [105], [106]; [110] A)].

f) *Si el deudor cumple en el plazo adicional, el acreedor no podrá resolver; ahora bien, podrá exigir la oportuna reparación de los daños por el retraso* (v. *supra* [107]).

Expuesto lo anterior, ¿qué reglas *habrían de ubicarse en ese (nuevo y general) artículo sobre la Nachfrist?* ¿Cuáles irían o permanecerían en el artículo 1200.I PMCC?

En mi opinión, *el nuevo artículo sobre la Nachfrist* recogería (recordaría) la regla de que el acreedor puede dar al deudor incumplidor un nuevo plazo para cumplir; asimismo recogería lo indicado en las anteriores letras a) –que el plazo ha de ser de duración razonable–, b) –cuál sería la solución para el plazo adicional insuficiente–, c) –la regla de la libertad de forma–, d) –qué sucede vigente la *Nachfrist*, además de contemplar el supuesto en el que el deudor indicare que no cumplirá–, y f) –su aplicación al incumplimiento esencial y al que no lo hubiera sido–; sobre lo afirmado en la letra g) –qué sucede tras la vigencia de la *Nachfrist*–, ello se hizo pensando en la resolución y por referirnos *ahora* a esa norma de carácter general sobre la *Nachfrist*, lo adecuado sería que en ella se indicare que, tras el resultado infructuoso de la *Nachfrist*, el acreedor dispondrá de aquellos remedios que cumplan los requisitos de los artículos 1190 a 1212 PMCC; no creo que fuera preciso indicar lo señalado en la letra f) –que el acreedor puede exigir los daños por retraso, aunque el deudor finalmente haya cumplido–.

En cuanto al artículo 1200.I PMCC especificaría que se refiere al incumplimiento no esencial, *pues es para dicho incumplimiento que el artículo 1200.I PMCC atribuye al acreedor el remedio de la resolución*; recordaría que, si el incumplimiento fue inicialmente esencial, el acreedor puede articular la vía del artículo 1200.I PMCC; y, por ser aspecto propio de esta causa de resolución (la de la *Nachfrist*), señalaría lo expuesto en la anterior letra e) –que el acreedor, si quiere, puede indicar en su comunicación de la *Nachfrist* que en el caso de que el deudor incumpla, tendrá lugar la resolución automática de la relación contractual. Sobre este artículo 1200 PMCC volveremos más adelante, completándolo (*infra* [196], [198]).

²⁷⁵ También SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2011) p. 1712; v. también de la autora (2011) coord. De la Maza Gazmuri, p. 155.

[111] Sobre las *diferencias* entre los artículos 1200.I PMCC y 66 bis.2.I TRLGDCU:

a) El *primero* se aplica a la relación contractual entre dos particulares; el *segundo* a la que media entre el empresario con el consumidor (arts. 2, 59.1 TRLGDCU; sin olvidar el carácter supletorio que tendría el art. 1200.I PMCC: arts. 59.2.I TRLGDCU; *supra* [67] y ss.).

b) El *primero* se aplica con carácter general a los bienes (arts. 334 y ss. CC); el *segundo* a los bienes muebles que el artículo 59 bis.2 TRLGDCU indica (*supra* [74] y ss.).

c) El *primero* se aplica a cualquier contrato del que surjan obligaciones recíprocas; el *segundo* a la compraventa con consumidores, y al contrato de obra de cosa mueble a construir con consumidores (*supra* [84] y ss.).

d) El *primero* se aplica al incumplimiento del retraso y al de la falta de conformidad; el *segundo* solo al incumplimiento del retraso en la entrega del bien²⁷⁶ (*supra* [98] y ss.).

Sobre el incumplimiento de la falta de conformidad, puede suceder que el deudor la subsane en el plazo adicional, pero resulte que lo ejecutado adolezca de una falta de conformidad *de escasa importancia*. El artículo 1200.I PMCC no contempla esto. En mi opinión, en tal caso el acreedor no podrá resolver pese al tenor literal del precepto. Considero que la escasa importancia de la falta de conformidad es *un límite* al ejercicio de la resolución del artículo 1200.I PMCC. Sería oportuno que esto se indicare expresamente en el precepto²⁷⁷. San Miguel Pradera así lo defiende²⁷⁸.

²⁷⁶ FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [85] p. 1586, y [78] pp. 1577– 578; SAN MIGUEL PRADERA (2011) pp. 1710-1711.

²⁷⁷ En 2011, lo defendí y argumenté: «En la *Propuesta civil*, en cambio, se ha optado por aplicar el “procedimiento de notificación-resolución” al retraso en el cumplimiento, y además, a la falta de conformidad (art. 1200.I PC) [PMCC]. La aplicación mecánica y sin fisuras del artículo 1200.I PC [PMCC] permite al acreedor resolver la relación contractual incluso por un incumplimiento de escasa importancia, lo que, entiendo, ha de evitarse. Para lograrlo, la *Propuesta sobre compraventa* puede ayudar. Según el art. 1486 PCV [PMCC]: “[e]l comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia” (cfr. art. 121 TRLGDCU). La norma del artículo 1486 PCV [PMCC] se inserta en un sistema jerarquizado de remedios por la entrega de un cosa no conforme con el contrato (arts. 1485 y 1483 PCV) [PMCC]. Es cierto que el sistema jerarquizado de remedios de la *Propuesta sobre compraventa* y el “procedimiento de notificación-resolución” son diferentes en cuanto que en éste, el acreedor ha de fijar un plazo para cumplir, lo que no es preciso en la *Propuesta sobre compraventa*. Pero hay una clara proximidad funcional entre ambos: primero se ha de exigir el cumplimiento, y si este no tiene éxito, puede resolverse la relación contractual. Si esto es así, creo que en lugar de considerar el artículo 1486 PCV [PMCC] regla especial aplicable tan sólo a la compraventa, puede considerarse que aquél recoge un principio general aplicable a la resolución del artículo 1200.I PC [PMCC]. Si no se comparte este argumento, la no posible resolución de la relación contractual para los incumplimientos de escasa importancia puede justificarse en el artículo 7 CC. En mi opinión, sería adecuado que el artículo 1200.I PC [PMCC] estableciera de modo expreso el límite de la escasa importancia del incumplimiento para el remedio de la resolución» [FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [85] pp. 1586-1587].

²⁷⁸ SAN MIGUEL PRADERA: «[...], me parece apropiado que la Propuesta amplíe la resolución a los casos de falta de conformidad, pero creo que sería muy conveniente establecer expresa-

4. LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 417-2.2 ACM. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ACM

4.1 Sobre lo que se tratará y su razón

[112] *Supra* [53] A) y ss., hicimos unos apuntes introductorios del ACM. Y ahora –por las importantes consecuencias que para el Derecho privado implicaría la aprobación de esa versión de mayo de Código Mercantil por su acotamiento y regulación de la realidad jurídica; y más, por lo que implicaría para el Derecho civil– llevamos a cabo, en primer lugar, una amplia y general presentación del ACM en lo que para este trabajo interesa, la materia de las obligaciones y los contratos. Asimismo exponemos diversas opiniones críticas con el proyectado Código Mercantil.

Para ello nos servimos de las explicaciones de la EM del ACM y de las opiniones de mercantilistas y civilistas *cuyos trabajos se han publicado bajo las diferentes versiones del proyectado Código Mercantil* –las PCM1.^a/PCM2.^a de junio de 2013; el ACM de mayo de 2014; por ello indicamos meses y año de la publicación del autor–. En la exposición aplicamos en general y en lo posible un criterio cronológico, y damos prioridad a los autores que –por lo que hemos podido conocer– han participado en la elaboración del ACM (del PCM1.^a/PCM2.^a).

Particular referencia hacemos al Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil de 29.01.2015.

A) Entre la PCM2.^a y el ACM hay importantes cambios. Desde su posición crítica, Gete-Alonso Calero (octubre-diciembre, 2014), por ejemplo, da sintéticamente cuenta de aquellos:

«Así las cosas, el 30 de mayo de 2014, luego de finiquitado el período anterior, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Código Mercantil, que se publicó en la página web del Ministerio en junio de 2014 con la intención de ser el texto que inicie la andadura en las Cámaras legislativas.

Nuevo texto, adelgazado (por eliminación), pues de los dos mil artículos se quedó en 1726 a consecuencia de la forzada dieta a la que se sometió por las alegaciones presentadas que han vaciado parte de su contenido. Aunque formalmente mantiene la estructura y división entre el título preliminar y los VII libros mencionados, además

mente, como hacen los Principios UNIDROIT, 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 excepcional que exige un incumplimiento esencial, es necesario que tampoco se considere procedente ante cualquier incumplimiento, sino que se exija que el mismo revista cierta entidad (*vid.* art. 1486 PMDOC [PMCC] para el contrato de compraventa) [ADC (2011) p. 1711, v. desde p. 1710; v. también de la autora (2011) coord. De la Maza Gazmuri p. 154].

de las palmarias exclusiones anunciadas en el Anteproyecto: la normativa sobre consumo y el derecho marítimo, en el texto actual desaparecen notorios contratos entre otros (si no me he descontado) los contratos turísticos, los contratos de distribución, el contenido del contrato de transporte (que ahora se queda en la mera remisión), los contratos de las garantías financieras, los acuerdos de compensación contractual, el contrato de depósito de valores, las operaciones del mercado de valores, la regulación de los valores representados en cuenta. Un contenido eliminado que, si se observa, sí es propiamente mercantil. Y, por el contrario, se da la paradoja de que se mantienen los nuevos introducidos que son genuinamente civiles. Exclusión que no obedece a la circunstancia de que no sean contratos mercantiles, sino a la mucha presión que se ha ejercido por determinados sectores económicos que no comulgan con el tipo de codificación a la que se quiere someter su normativa. Con lo que se produce la paradoja de que, precisamente, lo que se mantiene es lo que se discute como civil y se deja fuera materia mercantil en sentido propio.

El texto originario se conserva prácticamente igual en lo que se refiere a la invasión mercantil del derecho patrimonial privado (civil). Y continúa, en el Proyecto, fundándose la expansión en el principio de unidad del mercado que se hace sinónima de lo mercantil o la mercantilidad. [...]»²⁷⁹.

²⁷⁹ (1) GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 35-36, v. desde p. 33.

(2) Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien también da cuenta de los cambios habidos entre la PCM1.^ª/PCM2.^ª y el ACM (pp. 52-53), plantea *qué valor tiene la PCM, existiendo el ACM*. Y entre otras cosas, considera que la PCM es una obra doctrinal hecha por expertos muy cualificados; que puede ser citada para solucionar problemas; puede servir como modelo de contrato típico; y el hecho de que una materia sea regulada por la PCM viene a reconocer que la misma forma parte de la legislación mercantil. En sus palabras: «La Propuesta de Código tiene valor en sí misma incluso en las partes que no han sido recogidas en el Anteproyecto de ley. En efecto, no cabe duda de que a la Propuesta de Código hay que atribuirle en todo caso el valor de una obra doctrinal realizada por un grupo importante de expertos muy cualificados en Derecho mercantil. Hay que atribuir por tanto a esa Propuesta el valor de una obra doctrinal especialmente cualificada. Ello significa que podrá citarse a los efectos jurídicos oportunos la normativa de la Propuesta de Código, que podrá ser por lo tanto invocada para solucionar problemas, como se suele hacer a menudo con los trabajos publicados por la doctrina. Especialmente, tendrá el valor que le corresponde en materia contractual, no sólo porque en el tráfico podrán los contratantes someter su contrato a la regulación contenida en la Propuesta de Código mercantil, que puede servir por lo tanto a modo de modelo de contrato típico, sino además porque en muchos casos el articulado incluido en el Código lo que hace es expresar en artículos lo que ya estaba reconocido como vigente en el tráfico mercantil. Por consiguiente, sea cual sea el destino del Anteproyecto de Código mercantil, hay que considerar el texto de la Propuesta como un elemento a tomar en consideración para solucionar los problemas que pueden plantearse en el tráfico económico. Es importante también considerar que al incorporar el articulado sobre una materia a la Propuesta de Código se viene a reconocer, como una doctrina cualificada la de considerar esa parte de la regulación como formando parte de la legislación mercantil» [(2014) p. 53].

(3) En otro orden de consideraciones, el Consejo de Estado señala la conveniencia de que se aligere el proyectado Código Mercantil, extrayendo aquello que, por su carácter concreto y minucioso, corresponde a un texto de rango reglamentario: «[...] la función refundidora que el Anteproyecto acomete supone que se amplían las dimensiones del actual Código de Comercio y, además, que se integran en él normas minuciosas y concretas, algunas de las cuales podrían ser objeto de regulación reglamentaria. Con ello, y tal y como se indicó al comienzo de la presente consideración, el proyectado Código se acerca-

En segundo lugar, analizamos la *Nachfrist* y la resolución del artículo 417-2.2 ACM.

4.2 Qué razones justifican el proyectado Código Mercantil. Sobre la unidad de mercado, y consideraciones críticas

[113] Según la Orden de 07.11.2006, una razón es lograr la unidad de mercado en el ámbito jurídico-privado, permitiendo a los operadores económicos contar con la necesaria seguridad jurídica. La otra se debe a la superación del Código de comercio de 1885 por la realidad del ordenamiento jurídico, superación debida al planteamiento decimonónico de aquél y a la posterior proliferación de leyes especiales que han originado la dispersión de la legislación mercantil²⁸⁰.

ría al modelo del *Code de Commerce* francés de 2000, si bien debe tenerse en cuenta que ese modelo codificador francés no responde, en realidad, a la idea tradicional de Código, en el sentido de cuerpo normativo de rango legal que recoge la regulación general y central de determinada materia, sino que es instrumento normativo original, más próximo a nuestros textos refundidos, que trata de brindar a los usuarios un texto único que recopila todas las normas que regulan un determinado sector del ordenamiento, recogiendo, de manera orgánica y sistemática y en un único texto oficial, todo el material normativo vigente, e incluyendo con frecuencia no sólo prescripciones de rango legal, sino también de rango reglamentario./ Siendo ello así, y dado que es notorio que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta, actualmente, con un instrumento de tales características, entiende este Consejo que debería considerarse un aligeramiento del proyectado Código Mercantil, extrayendo del mismo aquellas previsiones más concretas y minuciosas que pudieran revestir rango reglamentario, a fin de que el nuevo Código mantuviese los rasgos propios de ser el cuerpo normativo de carácter estable y general en materia mercantil» (cursiva del original; *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 70-71).

²⁸⁰ «Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil// La legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado por la necesidad de asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución. Es por ello deseable que esa legislación mercantil aparezca claramente delimitada para ofrecer así la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores económicos. Esa finalidad exige la elaboración de un nuevo Código Mercantil que sustituya al Código de Comercio de 1885, totalmente superado ya en la realidad del ordenamiento jurídico, no sólo por sus planteamientos decimonónicos, muy alejados de las exigencias del tráfico económico actual, sino también por la proliferación de leyes especiales que, desgajadas del Código, dan lugar a una dispersión de la legislación mercantil de efectos muy negativos en la realidad del mercado./ Por ello se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil, que sustituya al vigente Código de Comercio, en el que se integrará y delimitará la legislación mercantil existente, y se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado. Se utilizará para la sistematización del nuevo texto legal la numeración de libros, títulos, capítulos y artículos característica de la nueva codificación francesa./ La Sección organizará el sistema de trabajo que estime más conveniente, proponiendo, en el plazo de un mes, la constitución de las ponencias correspondientes, las cuales serán nombradas al tiempo que se dispondrá la financiación adecuada./ El plazo para la realización del nuevo Código Mercantil será de cuatro años» [la cursiva es negrita en el original; v. PCM1.^a (2013) p. 9, y PCM2.^a (2013) p. 11]. V. OLIVENCIA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 11-15.

Esas mismas razones se indican en la EM del ACM.

A) EM del ACM:

«I-4. Ahora, tras una larga era de cambios profundos y acelerados al ritmo de la historia de nuestro tiempo, son muchas más las razones que imponen la derogación del Código de Comercio.

I-5. El Código de comercio no ha perdido vigencia, pero sí vigor. *Su inadecuación a la realidad política y económica ha intentado también salvarse a través de leyes, unas de modificación de su articulado ([...]), otras, las más numerosas, especiales, reguladoras de materias no contempladas en el Código ([...], la defensa de los consumidores, [...]) o derogatorias de partes de éste (como [...]), que han provocado un progresivo vaciamiento del Código.*

Subsiste así la inadecuación del viejo Código a la actual realidad política y económica, mientras que, a la vez, la proliferación de leyes especiales desgajadas de él da lugar a una dispersión normativa de efectos muy negativos para la seguridad jurídica y para la realidad del mercado.

I-6. Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora.

I-7. A esos fines, el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. *Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula.* El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla.

I-8. Estas fueron las razones que llevaron en 2006 al Ministro de Justicia a encargar a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006).

En cumplimiento de ese encargo, se ha elaborado el presente Anteproyecto» [cursiva nuestra; para los siguientes apartados I-9, I-10, etc. infra [118] A)]²⁸¹.

[114] *Ahora bien* –y avanzando en las observaciones críticas hechas al proyectado Código Mercantil– sobre la unidad del mercado, Gete-Alonso Calera (octubre-diciembre, 2014) ha señalado, entre otras cosas, que el mismo no es un principio formulado en la Constitución Española, ni un principio general de organización

²⁸¹ Sobre la motivación del proyectado Código Mercantil, GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 32-33.

territorial del Estado, ni título legitimador de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De la unidad de mercado no se sigue –indica esta autora– que su completa regulación haya de ser única y estar en un solo sector. La Constitución Española admite la pluralidad legislativa.

A) «[...] conviene detenerse, brevemente, en este importante fundamento: el principio de unidad de mercado, porque como han manifestado otras voces autorizadas antes (Porfirio Carpio, Águila Real, García Rubio, Muñoz Machado), aunque de manera machacona, en los últimos tiempos, se nos intente convencer acerca de su existencia y se nos imbuya una determinada y sesgada noción del mismo, basta moverse un poco entre las normas para comprobar que ni es un principio que esté formulado en la Constitución, ni es un principio general de la organización territorial del Estado y por descontado no es título legitimador de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por supuesto tampoco, en el ámbito jurídico, es hábil para identificar una materia como civil o mercantil, si es que se considera que tiene sentido mantener esta división, que en mi opinión debería reducirse a la mínima expresión.

Ciertamente, como se ha declarado en varias sentencias del Tribunal Constitucional, desde tempranamente, “[...] de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único” (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ6). Pero de ahí no se sigue que exista un principio de unidad del mercado en el sentido de que la regulación de todos los elementos (subjctivos, objetivos e instrumentales) que intervienen en éste deba ser única y estar en un sola mano o sector. Al contrario, como se continúa leyendo en esta sentencia “[...] como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que se deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios” (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ6).

Es lógico el razonamiento, no sólo porque responde a la propia organización del Estado español en Autonomías (art. 2 CE) sino porque lo que se pretende es que haya un orden en el mercado y que se garantice la libertad e igualdad de las personas (arts. 9, 14 y 139 CE), no que los instrumentos jurídicos, de derecho privado o de derecho público (normativa administrativa) sean los mismos. En propiedad no existe tal principio, si es que se utilizan los términos jurídicos adecuadamente (principio en el sentido ex art. 1.4 CC). Y ello es así pues sucede que la propia Constitución admite la pluralidad legislativa, con más o menos exclusividad según la materia, pero siempre garantizada y porque, claramente, no toda la normativa que afecta a la ordenación del mercado o incide en los instrumentos técnicos (instituciones, relaciones jurídicas) es mercantil.

Aunque, desde una perspectiva económica sí cabe hablar de la unidad de mercado como principio. Con todo, es evidente que deliberadamente, se juega con el doble sentido del principio (jurídico/económico)»²⁸².

Sirviéndose de un previo trabajo de Oliva Blázquez, Gete-Alonso Calera analiza y valora los distintos apartados en los que en la EM del ACM se alude a la unidad de mercado²⁸³. A su entender, su empleo tiene como telón de fondo el que no gusta el estado de las Autonomías y su competencia legislativa en materia civil. Considera que el intento de bloquear las normativas autonómicas civiles «está llamado al fracaso». Adelantando otra idea, que ulteriormente expondremos, señala que si quiere unificar el sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias, la vía para ello es la de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.º CE).

A) «Conclusión valorativa: el principio de unidad de mercado es el que, en el PCM guía y justifica la materia mercantil no por razón de la naturaleza (jurídica) de las cosas y del tráfico, sino porque no gusta, ahora, el estado de las Autonomías y, en particular la competencia legislativa en materia civil que tienen éstas. Pero es que el intento de bloquear estas normativas está llamado al fracaso simplemente porque las cosas son lo que son y no lo que las partes interesadas o lo que los diferentes colectivos implicados (económicos, políticos ...) digan.

Una norma que autodeclara lo que es mercantil en base a un principio que no existe, realmente no puede imponer el criterio de manera unilateral, en el ámbito de las relaciones patrimoniales porque si así fuera sustituiría o imposibilitaría el ejercicio de la competencia que corresponde a aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia civil, además de que se situaría por encima del legislador civil (ya estatal ya autonómico) si dijera lo contrario. Si se quiere unificar el sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias no es este el camino sino el de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.º CE), que, por cierto, es legislación civil (las bases)»²⁸⁴.

[115] Sin embargo, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (2014) entiende que la unidad de mercado supone la regulación única para las operaciones jurídico mercantiles²⁸⁵. El autor indica

²⁸² GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 30-31.

²⁸³ «Me he servido del listado que hace OLIVA BLÁZQUEZ [...] que indica, precisamente que “El principio de la “unidad de mercado”, /.../ se repite como un sagrado mantra en la Exposición de Motivos del Código Mercantil (I-6, I-7, I-8, I-9, I-12, IV-8, IV-14, VI-23, VI-31 y VI-33 EM)» [GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) nota 13 en p. 36; su análisis y valoración en las pp. 36-42].

²⁸⁴ GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 42.

²⁸⁵ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) p. 44; v. también pp. 39-40.

que esa regulación única no sería imprescindible incluirla en la legislación mercantil, si el Código civil, aplicado como norma complementaria del mercantil, impusiera unas reglas únicas para el mercado (y la legislación mercantil incluiría solo las especialidades frente al Derecho común)²⁸⁶. Pero para ello es imprescindible que la legislación civil, supletoria o complementaria de la mercantil, fuera también única para todo el territorio nacional, y ese es el principal problema al que se enfrenta la recodificación mercantil; pues, en materia civil, la competencia exclusiva del Estado es para las bases de las obligaciones contractuales²⁸⁷. El autor se refiere al Código civil de Cataluña, que regula materias que inciden en el ámbito de la legislación mercantil²⁸⁸. Por ello, considera que «parece evidente que las normas que tienen que regir de manera unitaria en todo el mercado tendrán que promulgarse en el ámbito de la legislación mercantil, puesto que las normas de carácter civil que hayan de regir para los contratos y que estén incluidas en el Código civil, no serán ya normas unitarias sino que dependerá del Código civil que sea aplicable a la relación jurídica de que se trate. Al existir sobre las mismas materias una normativa estatal y otra autonómica, surgirá la duda de cuál de esas regulaciones legales deberá aplicarse en cada caso, lo cual es evidente que viene a fraccionar la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico y cuando menos será fuente de una inseguridad incompatible con las exigencias de seguridad y previsibilidad de las relaciones jurídicas dentro del mercado»²⁸⁹.

4.3 El Título Preliminar del ACM: «Ámbito de aplicación». La mercantilidad de los contratos con consumidores, y la crítica de algunos autores

[116] El Título Preliminar se compone de cuatro artículos: el 001-1 que dispone el objeto del proyectado Código Mercantil;

²⁸⁶ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) p. 44.

²⁸⁷ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) p. 44.

²⁸⁸ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) pp. 44-45.

²⁸⁹ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014) p. 46. El autor señala que podrá alegarse que si las Comunidades Autónomas no respetan el límite de las bases de las obligaciones contractuales, sus regulaciones son inconstitucionales. Pero tal planteamiento no soluciona el problema de manera práctica, pues la declaración de inconstitucionalidad no es automática, sino que ha de someterse al Tribunal Constitucional, sea por recurso de inconstitucionalidad –y aquí está la práctica de las alianzas de los partidos políticos– sea por cuestión de inconstitucionalidad –lo que no soluciona el problema que le ocupa, pues la vigencia de las normas aplicables a las operaciones jurídico-privadas en el mercado no puede depender de actuaciones aisladas, aparte del tiempo que conlleve la tramitación de tal cuestión– (*op. cit.*, pp. 46-47).

los 001-2 y 001-3 que delimitan su ámbito subjetivo y objetivo; y el 001-4 ACM que ordena cierta jerarquía normativa.

A) Artículo 001-1 ACM: «Objeto del Código Mercantil

En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y de servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado»²⁹⁰.

Artículo 001-2 ACM: «Ámbito subjetivo

1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas:

a) Los empresarios. Se consideran empresarios:

1.º Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y artesanales.

2.º Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior.

3.º Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

²⁹⁰ Sobre el artículo 001-1 ACM, OLIVENCIA: «[...] Lo que en el umbral de la Propuesta de Código de Mercantil pretende el artículo 001-1 es, ante todo, enmarcar su contenido en el plano constitucional de la “economía de mercado” y subrayar la importancia de este concepto. No se trata de una frase convencional ni de mera ubicación legal, sino de una sólida afirmación de la base sobre la que se construye el Código mercantil y los principios que lo rigen./ A partir de ahí, el artículo anuncia el contenido del Código (“... el presente Código contiene”). Al describirlo, se refiere, ante todo, a “las normas mercantiles” (esto es, jurídico-privadas) que regulan el “mercado de bienes y servicios en todo el territorio español” (esto es, sin fragmentaciones, acorde la unidad legislativa con la unidad de mercado). Y, a continuación, ese contenido global lo contempla en dos vertientes: “el estatuto de las personas incluidas en su ámbito” (subjetiva) y “las actividades desarrolladas en el mercado (objetiva)”./ [...] El contenido del Código mercantil se refiere, en su frase final, a *personas y actividades*. [...] El artículo 001-1 de la Propuesta de Código se refiere a “las *personas* incluidas en su ámbito” y a “las actividades desarrolladas en el mercado”; es decir, que mientras el ámbito subjetivo se remite enteramente a lo dispuesto en el Código a este respecto, el objetivo se caracteriza por su realización en el mercado, como concepto básico de calificación./ [...]» [RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 16-17; cursiva del original; OLIVENCIA (2014) pp. 58-60]. V. GONDRA, RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) p. 33.

Sobre la delimitación de la materia mercantil desde el mercado, GÓMEZ POMAR (19.07.2013): «Como si, por ejemplo, la oferta de venta y alquiler de viviendas por parte de los ciudadanos no formara parte del mercado inmobiliario. Es evidente que las economías desarrolladas –y por eso, en gran medida, lo son– intercambian la gran mayoría de bienes y servicios en mercados anónimos y extensos y no a través de relaciones limitadas a los parientes, vecinos o compañeros de gremio. Por eso el criterio del mercado no puede servir para definir materia mercantil o civil, pues hoy todo el Derecho privado patrimonial –y parte del público– es derecho del mercado, que lo crea, lo facilita, lo engrasa o lo regula» [InDret (3/2013)].

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas»²⁹¹.

Artículo 001-3 ACM: «Ámbito objetivo

1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:

a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.

b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.

c) Los actos de competencia en el mercado.

2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores»²⁹².

Artículo 001-4 ACM: «Jerarquía de las normas

1. En las materias mercantiles que se rijan por la legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código.

2. A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes»²⁹³.

²⁹¹ Para un análisis del artículo 001-2 ACM (PCM1.ª/PCM2.ª), OLIVENCIA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 18-21; OLIVENCIA (2014) pp. 61-65; v. GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 33-35 (el autor también se refiere al art. 001-3 PM1.ª/PM2.ª, artículo, como indicamos, no recogido en el Título Preliminar del ACM); GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 48-49.

²⁹² Para un análisis del artículo 001-3 ACM (art. 001-4 en la PCM1.ª/PCM2.ª), OLIVENCIA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 22-23; OLIVENCIA (2014) pp. 65-67; v. GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 35-36, 37-38; GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, octubre-diciembre (2014) pp. 49-50.

²⁹³ Comparando el Título Preliminar del ACM, con los correspondientes de la PCM1.ª/PCM2.ª, se constatan algunos cambios. (1) El Título Preliminar (*Ámbito de aplicación*) de la PCM1.ª/PCM2.ª tiene cinco artículos (arts. 001-1 a 001-5) y el ACM no ha recogido el artículo 001-3 PCM1.ª/PCM2.ª. Este último disponía: «Estatuto mercantil/Las normas de este Código que regulan las sociedades mercantiles o establecen derechos y obligaciones de las personas a él sujetas les serán de aplicación salvo cuando existan otras normas legales específicamente aplicables por razón de la naturaleza de la persona, de la materia o de la índole de sus actividades». La supresión conlleva que los artículos 001-4 (*Ámbito objetivo*) y 001-5 (*Jerarquía de las normas*) PCM1.ª/PCM2.ª adelanten su numeración y sean los artículos 001-3 y 001-4 del ACM. En las citas que de los autores haremos,

B) Del PAMCCO 2006, conviene recordar los siguientes artículos.

Artículo 1 PAMCCO 2006: «1. Son empresarios a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales y jurídicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad económica en el mercado, y en todo caso las sociedades que adopten algunos de los tipos mercantiles.

2. Son consumidores a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales que realicen contratos con una finalidad ajena a cualquier actividad profesional o empresarial.

3. Todas las menciones que se hacen al “*comerciante*” en este Código quedan sustituidas por las de “*empresario*”» (cursiva del original).

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

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

Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales./ [...]»²⁹⁴.

[117] Las publicaciones del Ministerio de Justicia de la PCM1.^a/PCM2.^a [*supra* [53] C)] contienen la «*Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la propuesta de Código Mercantil*»²⁹⁵. En ella se nos informa, que «[l]a Ponencia sobre el estatuto mercantil del empresario redactó los textos preparatorios del Título Preliminar, que se refiere al ámbito de aplicación del nuevo Código y el Libro Primero que trata del empresario y de la empresa. El Presidente de la Ponencia es D. Manuel Olivencia y los miembros D. Ricardo Alonso Soto, D. Rafael Illescas Ortiz, D. Fernando Rodríguez Artigas y D. Pablo Ruano Borrel. También partici-

ello debe tenerse en cuenta cuando mencionen un artículo del Título Preliminar. (2) Al artículo 001-5 PCM1.^a/PCM2.^a se le añade un párrafo en el ACM (en este el art. 001-4; se le añade el apartado 1) y se procede a su división en apartados. El artículo 001-5 PCM1.^a/PCM2.^a disponía: «*Jerarquía de las normas*/ A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes» [cfr. con el art. 001-4 ACM, transcrito en el cuerpo del texto]. (3) En el resto de los artículos del *Ámbito de aplicación* del Título Preliminar de las PCM1.^a/PCM2.^a hay igualdad de redacción o algún cambio (menor) de redacción, comparando con el ACM.

Para una valoración (final) crítica del modo en que la materia mercantil ha sido delimitada por el Título Preliminar de la PCM1.^a/PCM2.^a: GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) p. 36.

²⁹⁴ V. ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 51-56, quien comenta más apartados, que los reproducidos en el texto, del artículo 50.

²⁹⁵ PCM1.^a (2013) pp. 689-693; PCM2.^a (2013) pp. 701-706.

pó en los trabajos de esta ponencia, D. Roberto Blanquer hasta la fecha de su fallecimiento (03.08.2009)»²⁹⁶.

[118] Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (julio-septiembre, 2013) señala que «se ha pasado, de delimitar la materia mercantil por referencia a los empresarios, a delimitarla en torno a la figura de los operadores de mercado, que comprenden a los empresarios –incluidos los que se dedican a actividades agrarias y artesanas–, pero también a los profesionales, científicos y artistas que producen bienes o servicios para el mercado»²⁹⁷. Indica que «[e]l Código de [sic] delimita la materia mercantil por la participación de los operadores de mercado en actividades de producción o cambio de bienes o prestación de servicios para el mercado, sin que haya lugar a la conocida problemática de los actos mixtos»²⁹⁸. En el proyectado Código Mercantil «[s]e incluye también [...] la regulación de la competencia en el mercado, tanto las normas sobre competencia desleal como las que se refieren a la protección de la libre competencia, relacionándose además, con otras normas que se incluyen en el texto, estableciendo criterios generales sobre propiedad industrial»²⁹⁹. Y concluye: «La consecuencia de esa forma de delimitar la materia mercantil supone que las normas mercantiles se aplicarán de hecho más que las civiles, pero eso no cambia la naturaleza mercantil de las reglas codificadas. Obviamente, la ampliación del ámbito de mercantilidad no significa que las normas mercantiles se pudieran convertir en civiles. Las normas mercantiles no pierden ese carácter mercantil por el hecho de que se generalicen. Este punto es fundamental, puesto que la competencia exclusiva del Estado se refiere a las normas mercantiles» (art. 149.1.6.ª CE)³⁰⁰.

²⁹⁶ PCMI.ª (2013) p. 690.

²⁹⁷ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 38; el autor informa «[e]ste artículo ha tomado como base para su redacción el trabajo titulado “Acerca del nuevo Código Mercantil” que se redactó para aportarlo a los estudios en homenaje al Prof. D. José Antonio Gómez Segade» [*op. cit.*, * en p. 35; v. (2014) p. 42].

²⁹⁸ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 38; «Sin embargo, no se aplican a todos los operadores las normas referentes al estatuto de los empresarios; por ejemplo las normas que imponen la llevanza de una contabilidad» [*op. cit.* p. 38; v. (2014) p. 42].

²⁹⁹ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 38; v. (2014) p. 47. V. MASSAGUER, *RDM*, núm. 293, Julio-Septiembre (2014) pp. 13-16, para un análisis de la materia desde la p. 16 hasta la p. 36. V. I-19, I-24, I-26 de la EM del ACM. Para una visión general y valorativa sobre el Libro III del ACM, PAZ-ARES (2014) pp. 251-256.

³⁰⁰ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 38; v. (2014) p. 51. V. las citas de GONDRA, en notas a pie de página anteriores a esta, en los artículos del Título Preliminar del ACM. V. GARCÍA RUBIO, quien se refiere a la opinión que Alberto Bercovitz manifestó en su trabajo «En torno a la unificación del Derecho privado» de 1972 [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) p. 15].

En su exposición sobre «tres ideas básicas que pueden darse por asumidas por la generalidad de la doctrina» (p. 46), GONDRA señala que «[l]a tercera idea en la que toda la doctri-

A) Sobre el ámbito de aplicación del ACM, en la EM del ACM se indica [para apartados anteriores *supra* [113] A)]:

«I-9. [...]; también el proyectado Código Mercantil “*considera al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva*”. La delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado. *No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil.*

I-10. La delimitación de la materia se hace tanto del punto de vista subjetivo como objetivo. Partiendo de la doctrina del TC, de la doctrina científica moderna más autorizada, el mercado se concibe como ámbito en el que actúa los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial.

De esta manera, *el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas.*

I-11. *Los protagonistas del tráfico se clasifican en productores de bienes y prestadores de servicios, de una parte, y consumidores, de otra.* Sólo los primeros se conciben como operadores del mercado sujetos a este Código. Son, fundamentalmente, los empresarios, como ha señalado la doctrina constitucional; pero ésta se limita a resolver en cada caso si una determinada materia es o no mercantil, a los efectos de aplicar la competencia exclusiva del Estado al dictar normas mercantiles. Ninguna duda cabe de la naturaleza mercantil de los empresarios “comerciales” o “comercian-

na pone especial énfasis es la acusada historicidad de este Derecho especial y, con ella, su evolución y cambio, lo que consiguientemente impide establecer un concepto de este Derecho [el mercantil] con pretensión de atemporalidad./ Como ha repetido insistentemente GIRÓN TENA, la relación de funcionalidad entre materia regulada y especialidad jurídica de tratamiento no puede ser forzada con un concepto ahistórico y atemporal, fijado de una vez por todas./ Que el Derecho especial mercantil está en permanente cambio, en correspondencia con la evolución de la Sociedad, y que ese cambio es particularmente acelerado en el campo de la realidad económica y social regida por este Derecho no ofrece, pues, duda a nadie.[...]/ [...]/ La interpretación de los cambios no es fácil y, por lo general, solo con el paso del tiempo se puede captar su verdadero significado para el Derecho. Pero es mejor, en todo caso, pecar por retraso, que correr el riesgo de un falso diagnóstico, que arrastre a un erróneo planteamiento jurídico./ En este sentido, tengo dudas que la evolución del Derecho mercantil hacia un Derecho del mercado, que algunos en nuestra doctrina apuntan como tendencia y otros la dan como realidad cumplida [GONDRA inserta aquí la nota 33, de la que después damos cuenta], constituya una correcta apreciación de la evolución de la referida relación funcional de la materia regulada y del Derecho positivo. Estos mismos signos de cambio son observables en otros países de nuestro entorno y, sin embargo, no se han interpretado en ese sentido. Muy al contrario, las recientes reformas de los respectivos Códigos de comercio en Alemania y Austria van decididamente en la dirección marcada por la teoría de la empresa» [RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 48-49; la anterior p. 46 es de este trabajo]. En la nota 33, GONDRA cita a Olivencia y a Alberto Bercovitz, sobre los que indica que «son los más fervientes postuladores de esta tesis, que es la que inspira el sistema del nuevo Código mercantil propuesto» (*op cit.* p. 48).

tes”, de su estatuto propio y de las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa de mercado.

I-12. Pero ese concepto central de empresario, basado en el previo de la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, no puede ya restringirse a lo “comercial”, según el concepto clásico que recoge el Código de comercio de 1885, expulsado hoy por la unidad de mercado; debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos titulares actúan asimismo en el mercado. Y debe comprender también a otras personas que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales) han de incluirse entre los operadores sujetos a este Código. Esta equiparación se ha producido ya no sólo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el *Derecho de protección de los consumidores*.

I-13. *Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil. Ciertamente es que, desde el punto de vista subjetivo, por razón de la persona, a los efectos del estatuto mercantil, y objetivo, por razón de la naturaleza de las operaciones, pueden quedar sometidos a normas específicas, distintas de las del Código mercantil, tanto los operadores del mercado como las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa, principalmente con consumidores, cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código.*

I-14. Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil.

I-15. Estos conceptos se extienden en el nuevo Código hasta incluir ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas, como la agricultura y la artesanía. Por otra parte, la figura central del empresario no es la única protagonista entre los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen.

[...].

I-18. El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, *partiendo de su carácter de Derecho especial*, se limita a acotar su propia

materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de éstos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; sólo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes.

I-19. En el ámbito objetivo, el Código incluye como materias reguladas los actos y contratos calificados de mercantiles, bien por razón del sujeto y de la actividad, bien por su objeto o por el mercado en que se celebren; el régimen jurídico de las sociedades mercantiles; la competencia en el mercado, y la propiedad industrial» (cursivas nuestras).

B) También en la EM del ACM:

«I-27. Otra novedad importante consiste en que se asimilan a los empresarios, los que se denominan operadores de mercado u operadores económicos, los cuales son definidos junto a los empresarios por cuanto su actuación en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que se producen en el mismo tienen que someterse a la regulación jurídico-mercantil, de la misma manera que se produce cuando interviene en una operación determinada un empresario.»

[119] Para el ACM, *los contratos celebrados con consumidores son mercantiles*. A los mismos, se les aplica el ACM, «sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores» (art. 001-3.2 ACM; v. art. 001-3.1 ACM).

El núm. I-13 de la EM del ACM aclara el significado de ese «sin perjuicio»: la legislación protectora de los consumidores «se aplicará, en lo pertinente, *con prioridad a este Código*» Mercantil (*supra* [118] A); cursiva nuestra). En el núm. I-34 de la EM del ACM se destaca la no incorporación de la legislación protectora de los consumidores al Código Mercantil; se resalta su carácter imperativo; y se apunta el dato de lo reciente de la publicación del TRLGDCU (2007) al que se considera texto «equiparable a un Código sobre la materia», habiendo parecido poco adecuado alterar el existente planteamiento legislativo³⁰¹.

A) EM del ACM:

«I-34. *Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente y tratándose de un texto legal*

³⁰¹ Esas dos razones –imperatividad y existencia del TRLGDCU– para la no incorporación al proyectado Código Mercantil de la legislación protectora de los consumidores también las da Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 39; v. (2014) p. 43.

equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil» (cursiva nuestra).

[120] Valorando esa mercantilidad de los contratos con consumidores, Vérguez –conferencia pronunciada el 13.02.2014 en la *Academia Matritense del Notariado*; publicada en Abril-Junio (2014)– afirma: «En la misma línea tampoco es extravagante la consideración como mercantiles –como hace la “Propuesta”– de los contratos celebrados con consumidores (art. 001-4, apartado segundo [de la PCM1.^a/PCM2.^a]³⁰²), aunque su regulación específica no se haya incorporado al Código mercantil. Porque en nuestro país, como sucede en otros países europeos, aunque de distinta forma, se ha elaborado ya un “Derecho de los consumidores”. La figura del consumidor surge en el mercado, y no en las relaciones entre particulares. [...].³⁰³/ El hecho de que, en algunos Ordenamientos europeos, las normas sobre contratos con consumidores se hayan incorporado al Código civil no contradice esta realidad. [...].³⁰⁴»

[121] Pero, algunos autores critican el hecho de calificar como mercantiles a las relaciones de consumo y dejar su regula-

³⁰² En el ACM, el artículo 001-3.2 (*supra* nota 293); v. *infra* [130] A) las consideraciones de GALLEGO; v. también las consideraciones, habiéndose publicado en aquel entonces la PAMCCO 2006, de MARTÍNEZ SANZ sobre los contratos con consumidores en cuanto a si son civiles o mercantiles [(2011) pp. 520-524, en particular a partir de la p. 523].

³⁰³ Los puntos suspensivos corresponden a: «No es casual, ni debe pasarse por alto, que la referencia al consumidor aparezca ya en la que pasa por ser Exposición de Motivos del viejo Código, todavía vigente, cuando, al justificar la regulación de las ventas en ferias, mercados y almacenes abiertos al público, distingue entre negociantes y consumidores, en un párrafo de esa Exposición en el que, además, se trata de fundamentar la razón de ser del régimen especial que en el tráfico comercial se ofrece a la protección del adquirente *a non domino* de buena fe de mercaderías adquiridas en almacenes y establecimientos abiertos al público en aras de la necesaria protección de la seguridad del tráfico en el que esas adquisiciones se realizan (que la “Propuesta” recoge en el art. 131-5), en contraste con la que se ofrece al adquirente *a non domino* de buena fe en el ámbito del Derecho civil, entonces en la [sic] Leyes de Partidas y ahora en el Código civil» [VÉRGEZ, *RDM*, núm. 292, Abril-Junio (2014) p. 15; v. (2014) pp. 319-320].

Artículo 131-5 ACM: «Irrevindicabilidad de mercaderías adquiridas en establecimiento abierto al público/ 1. Serán irrevindicables las mercaderías adquiridas de buena fe en establecimiento abierto al público, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los bienes vendidos para ejercitar las acciones que pudieran corresponderle contra el que los vendiere indebidamente./ 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los bienes que formen parte del patrimonio histórico español.»

³⁰⁴ VÉRGEZ, *RDM*, núm. 292, Abril-Junio (2014) p. 15. El texto de la autora continúa: «Y no deja de ser curioso también que, en un Ordenamiento tan unificador como el italiano, a la hora de incorporar al Código civil las normas sobre las garantías en la compraventa de bienes de consumo, se haya puesto de manifiesto en la doctrina que la sustitución y la reparación del bien –que se han considerado soluciones generales al incumplimiento del contrato de compraventa– donde tienen su razón de ser y donde pueden operar sin especiales problemas es precisamente en un tráfico mercantil. Lo que avalaría la necesidad de distinguir hoy en día, también en ese Ordenamiento, entre una compraventa civil y una compraventa mercantil» [*op. cit.* p. 15; v. (2014) pp. 319-320]. V. OLIVENCIA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) p. 23.

ción fuera del proyectado Código Mercantil. En este sentido se han manifestado, con un mayor o menor alcance y *desde distinta perspectiva*, Gondra, García Rubio, y Oliva Blázquez.

A) Gondra (Octubre-Diciembre, 2013):

«[...] / Por todo ello, creemos acertada la incorporación de este sector del Derecho [Derecho de prácticas restrictivas de la competencia] al sistema del Derecho mercantil, como Derecho especial por razón de la materia, por cuanto es otra manifestación de la especialidad normativa suscitada por la materia regulada.

Puede, en cambio, resultar incongruente que no se hayan integrado las normas de protección de los consumidores, en particular las que se proyectan sobre el campo de regulación de los contratos mercantiles. En realidad se trata de una normativa que obedece a una de esas políticas transversales, que irradia sobre múltiples áreas del Derecho, con particular proyección en el ámbito del Derecho de la contratación. Se invoca un argumento, la fidelidad al formato legislativo ya dado, lo que sin embargo no ha sido argumento para impedir que otros sectores normativos fueran atraídos al Código mercantil»³⁰⁵.

B) García Rubio (enero-marzo, 2014):

«Por otro lado, resulta ser poco coherente la obsesión de la PCM por incluir las relaciones empresario/consumidor, para después considerar expresamente “las normas de protección a los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil” (cf. I-30 Exposición de Motivos) con lo que, en definitiva, las relaciones jurídicas entre empresario/consumidor están pero no están: parece que están en lo que no sea protección del consumidor y no están en lo que sí sea parte de esa protección, lo cual resulta, cuando menos, ambivalente, dejándolas en un limbo de difícil ubicación y palmaria inseguridad. Si a ello añadimos la inclusión en el libro V de los contratos turísticos³⁰⁶, entre los que se menciona por ejemplo el de viaje combinado (art. 534-7, cuyo

³⁰⁵ GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) p. 38.

³⁰⁶ (1) El ACM *suprime* el capítulo «De los contratos de servicios turísticos» de la PCM1.ª/PCM2.ª (2013; arts. 534-1 a 534-14) en el que se recogían: (a) el contrato de plazas de alojamiento en régimen contingente; (b) el contrato de gestión de establecimientos de alojamiento turístico; (c) el contrato de viaje combinado; (d) el contrato de intermediación de servicios turísticos sueltos o aislados; y (e) el contrato de alojamiento. Según CÁMARA LAPUENTE: «El anteproyecto ministerial de mayo de 2014, da algún paso atrás en este punto respecto a la Propuesta de Código mercantil presentada en junio de 2013 por la CGC. En particular, se eliminan las reglas propuestas para los “contratos de servicios turísticos” con consumidores (alojamiento, intermediación de servicios sueltos), la redefinición –copia de la definición, más bien– del contrato de viaje combinado o las reglas del contrato de transporte (terrestre, marítimo y aéreo, incluido el de pasajeros); la regulación de los contratos turísticos de consumo como materia mercantil era tan discutible como la de dotar de tal naturaleza al resto de contratos de consumo, pero además el intento resultaba incoherente, por no acogerse otros contratos turísticos ya regulados (por ejemplo, en el entorno del alojamiento, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, regulados por la Ley 4/2012, de 6 de julio) o por no regular otros que carecen de regulación o se basa en la genérica del Código civil (sin salir del entorno turístico, el alquiler de vehículos o, más en general, el arrendamiento mobiliario, como el de embarcaciones de recreo,

contenido normativo se limita a dar el concepto y recoger una norma de remisión³⁰⁷), la situación ya resulta, sencillamente, incomprensible»³⁰⁸.

ahora parcialmente incluido en la reciente Ley 14/2014, de 24 de julio de navegación marítima de 2014)» [*Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo, (2015) p. 119].

(2) EM de la PCM1.^a: «13) *Contratos de servicios turísticos*. [cursiva, negrita en el original]/ VI-74. De acuerdo con el criterio establecido en este Código respecto de considerar mercantiles todos aquellos contratos realizados por un empresario u operador económico en el ejercicio de su actividad empresarial, la regulación de los contratos de servicios turísticos abarca tanto los contratos interempresariales como aquellos otros en los que una de las partes puede tener la condición de consumidor o usuario./ VI-75. Partiendo de que esta clase de contratos eran en su mayor parte atípicos en nuestro ordenamiento positivo, en la configuración de los regímenes jurídicos se han tenido en cuenta no sólo las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los mismos, sino asimismo el contenido típico de cada clase de contrato utilizado por los operadores en el concreto sector económico en el que se desarrollan. Así sucede con los *contratos de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, de gestión de establecimiento de alojamiento turístico, y de intermediación de servicios turísticos sueltos o aislados*. [cursiva, subrayado en el original]/ VI-76. Por lo que se refiere al *contrato de viaje combinado* [cursiva, subrayado en el original], que se halla actualmente contemplado en la legislación sobre consumo, se ha optado por formular una nueva definición más precisa del mismo que sigue las pautas del Derecho europeo y, en cuanto a su régimen jurídico, se realiza una remisión expresa a la legislación especial en la materia./ VI-77. Finalmente, se regula el *contrato de alojamiento* [cursiva, subrayado en el original], que carecía de una normativa específica en el Derecho privado español, superando así la disciplina meramente incidental que sobre distintas cuestiones contiene el Código civil».

(3) Según la «*Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código mercantil*»: «El Grupo X se encargó de preparar la regulación de los contratos de servicios turísticos, contrato de cesión de bienes inmateriales y contrato de licencia. Su presidente es D.^a M.^a Teresa Gispert Pastor, y los vocales D. Antonio Font Rivas y D.^a Apolonia Martínez Nadal» [PCM1.^a (2013) p. 691]. Para la regulación de los contratos turísticos en la PCM1.^a, MARTÍNEZ NADAL (2014) pp. 469-477; en las pp. 477-481, la autora da cuenta de los motivos alegados para la supresión de los contratos turísticos en el ACM, motivos que rebate; concluye así: «[...] consideramos que los argumentos utilizados para solicitar la supresión de la regulación de los contratos de servicios turísticos son, como se ha visto, fácilmente rebatibles. Por ello, consideramos la decisión del Consejo de Ministros respetable pero no basada en argumentos estrictamente jurídicos sino más bien, y probablemente, basada en criterios discrecionales de naturaleza política (*op. cit.* p. 481). Sobre la supresión de los contratos turísticos en el ACM, FERNÁNDEZ PÉREZ opina: «Es de lamentar, por ello, que esta regulación [la de la PCM1.^a/PCM2.^a] haya sido eliminada en su totalidad en el Anteproyecto de Código Mercantil» [(2015) p. 29, v. desde p. 28]. FRANCH FLUXÁ (2015) pp. 69-70.

V. Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 41. Sobre el Derecho privado de turismo, por ejemplo, AURIOLAS MARTÍN (2005) 2.^a ed. pp. 23-35; y para la caracterización general de los llamados contratos turísticos, pp. 48-53; FERNÁNDEZ PÉREZ (2015) pp. 19-37; FRANCH FLUXÁ (2015) pp. 67-74.

³⁰⁷ Artículo 534-7 PCM1.^a/PCM2.^a: «*Noción y régimen jurídico* 1. Por el contrato de viaje combinado, una agencia de viajes, sea como organizador sea como detallista, se compromete a prestar a una persona física o jurídica por un precio global y por una duración superior a veinticuatro horas, o incluyendo como mínimo una noche de estancia, dos de los servicios siguientes: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado./ 2. La facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones previstas legalmente para este tipo de contrato./ 3. El contrato de viaje combinado se regirá por lo establecido en la legislación especial en la materia».

³⁰⁸ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) p. 10; v. también p. 23 y p. 24.

C) Oliva Blázquez (julio-septiembre, 2014):

«[...] hay que tener en cuenta que el Derecho de consumo, en palabras de Vicent Chuliá, ha actuado como un “caballo de Troya” en el ámbito del Derecho de los contratos. Efectivamente, algunas de las figuras típicas del Derecho de consumo, como el derecho a la información o el control del contenido contractual, han acabado por generalizarse a toda la contratación privada, por lo que lo lógico es que accedan al Derecho privado general. Por todas estas razones, parece sensato incorporar la normativa específica de la contratación al consumo dentro del régimen uniforme del Derecho de los contratos y obligaciones.

Y aquí es donde, a mi juicio, emerge otro planteamiento erróneo del Anteproyecto de Código Mercantil: se otorga el visto bueno al mantenimiento del Derecho de consumo “codificado” en un cuerpo de normas separado. Efectivamente, en la Exposición de Motivos se comienza señalando que desde el punto de vista objetivo, las relaciones de los operadores del mercado con los consumidores constituyen materia mercantil (EM I-13). Resulta ciertamente llamativo que, en el afán del Anteproyecto de mercantilizar cualquier acto de carácter patrimonial, califique como mercantiles las transacciones que todos los consumidores llevamos a cabo, entrando por lo tanto en el ámbito potencial de aplicación de un texto concebido para “una clase de personas” y “una clase de actividades” (EM I-10). Pero más adelante se advierte de que [...] [el autor transcribe el núm. I-34 de la EM del ACM, transcrito *supra* [119] A)].

Al margen del planteamiento ciertamente esquizofrénico e inseguro que implica afirmar al mismo tiempo que los contratos al consumo son Derecho mercantil pero que no están en el Código Mercantil cuando esté en juego la protección del consumidor (en cuyo caso se aplicarán “las normas sectoriales –mercantiles– sobre protección de los consumidores”), está claro que los redactores de la Exposición de Motivos parecen ignorar que, por un lado, calificar como mercantil a un negocio al consumo no es precisamente algo común en el Derecho privado comparado y, por otro lado, que la tendencia contemporánea no pasa por perpetuar la existencia de un Derecho de la contratación al consumo autónomo, sino por integrar las soluciones del Derecho de consumo en el Derecho civil»³⁰⁹.

Por su parte, Cámara Lapuente (enero-marzo, 2015) destaca lo insólito, en el marco del Derecho comparado, de la calificación de mercantilidad de los contratos con consumidores, y de la incorporación de algunas de sus normas al ACM. Considera, técnicamente, que si se mantiene la dualidad códigos civil/mercantil, «sin duda, las reglas de protección del consumidor cuentan con un contexto más afín en el Código civil». (V. *supra* [60] A)].

³⁰⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 51-52.

A) «Esta perspectiva histórica permite hacer patente lo insólito de la propuesta española de Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto comparado, en lo relativo a la asignación de carácter mercantil a los contratos de consumo y la pretensión de incorporar, de forma parcial y contradictoria, algunas de sus reglas en dicho Código mercantil.

[...] en Francia existe [...]. Tampoco las enseñanzas del ordenamiento alemán, [...], ni tampoco los modelos de *Code unique* de Derecho privado italianas o neerlandesas, igualmente imperantes en las propuestas de armonización del Derecho privado europeo e internacional (CISG, PICC de Unidroit, PECL, DCFR, CESL) [...].

[...]

Sin embargo, el Anteproyecto ministerial de 2014, pese a la referida poda, mantiene la filosofía de fondo, consistente en considerar mercantiles los contratos de consumo y dotar de tal carácter, por vía indirecta, a toda la legislación especial y sectorial de protección de los consumidores hasta la fecha aprobada. [...].

Dejando aparte otras consideraciones críticas (técnicas, competenciales, lógicas, históricas, etc.) sobre esta decisión prelegislativa, que nos alejarían del objetivo comparatista de este trabajo, baste decir ahora que el carácter imperativo de las normas de protección del consumidor y su axiología, basada en la protección de la parte débil de la relación, elevada a la categoría de orden público [...], poco tienen que ver con la lógica del mercado neoliberal fundada en el principio de libertad empresarial y plena autonomía de las partes contractuales que adornan el propuesto Código Mercantil. Es esa naturaleza tuitiva la que dota de autonomía al Derecho de consumo, como bien se ha entendido en el sistema francés. En caso de mantenerse la dualidad de Códigos, civil y mercantil, si técnicamente han de encontrar mejor asiento en alguno de los dos (de ser esa la opción y no un Código de consumo autónomo), sin duda, las reglas de protección del consumidor cuentan con un contexto más afín en el Código civil. Así lo demuestra la experiencia legislativa alemana, ya relatada. Además, en el Código civil se encuentran desarrolladas hasta la fecha las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y en él, que también parte del postulado de la autonomía de la voluntad, existe larga tradición en consagrar reglas limitativas para la protección de las personas vulnerables, como testimonian los artículos que protegen al menor, al incapaz, al incapacitado, a quien confió de buena fe en la otra parte, a quien sufrió un vicio en su consentimiento contractual por error o dolo ajeno, etc. [...]»³¹⁰.

Por último, en su dictamen, el Consejo de Estado considera acertada la opción de política legislativa de dejar extramuros del proyectado Código Mercantil al TRLGDCU (es esta una regula-

³¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo (2015) pp. 118-122.

ción global que incluye normas de distinta naturaleza, y fácilmente aplicable).

A) «En cuarto lugar, figuran los casos en que el proyectado nuevo Código Mercantil se encuentra con textos legales que incluyen previsiones mercantiles, junto con otras normas de distinta naturaleza. Es el caso paradigmático de la legislación de protección de consumidores y usuarios, que deriva de diversos títulos estatales además del relativo a la legislación mercantil [...]. En este caso, el proyectado nuevo Código se inclina expresamente (así lo explican su exposición de motivos y memoria de análisis de su impacto normativo) por respetar esa legislación extramuros, lo que tiene en su apoyo en seguir contando con una Ley General, que recoja la globalidad de las previsiones aplicables a esa materia, en lugar de desgajar de la misma sus previsiones de índole mercantil. A juicio de este Consejo, y ante la relevancia de ofrecer a todos los interesados (empresas, consumidores y usuarios,...) una regulación fácilmente aplicable, esa opción de política legislativa resulta acertada»³¹¹.

4.4 El Libro IV del ACM: «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general»

[122] Se compone de los artículos 411-1 a 450-9 (un total de setenta artículos). Su estructura es la siguiente.

A) Título I «Disposiciones generales»: Capítulo I «Del carácter de las normas» (art. 411-1); Capítulo II «De los deberes en la fase preparatoria del contrato» (arts. 412-1 a 412-2); Capítulo III, «De la perfección y modificación del contrato»: Sección 1.^a «De la perfección del contrato» (arts. 413-1 a 413-8), Sección 2.^a «De la modificación del contrato» (arts. 413-9 a 413-10); Capítulo IV «De la interpretación de los contratos» (arts. 414-1 a 414-2); Capítulo V «Del contenido del contrato» (art. 415-1 a 415-4); Capítulo VI «De la extinción y excesiva onerosidad» (art. 416-1 a 416-2); Capítulo VII «Del incumplimiento de los contratos» (art. 417-1 a 417-5); Capítulo VIII «De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles»: Sección 1.^a «Disposiciones

³¹¹ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014 p. 68. El texto continúa: «Debe quedar claro, no obstante, que ese tratamiento diferenciado de la legislación de protección de consumidores y usuarios es cuestión distinta de la adecuada delimitación de los derechos y obligaciones que corresponden a las partes intervinientes en los contratos de los que se ocupa el proyectado nuevo Código Mercantil./ Tal puntualización desborda, con mucho, los contornos del Anteproyecto, ya que afecta a la regulación general de obligaciones y contratos –propia de la legislación civil– y afecta, por tanto, a una cuestión sobre la que se volverá inmediatamente a continuación en la presente consideración de este dictamen, cual es la acotación de la legislación mercantil y sus relaciones con la legislación civil» (*op. cit.* pp. 68-69).

generales» (arts. 418-1 a 418-3), Sección 2.^a «De la morosidad en operaciones entre empresarios y operaciones del mercado» (arts. 418-4 a 418-6).

Título II «De las formas especiales de contratación»: Capítulo I «De la contratación electrónica» (arts. 421-1 a 421-13); Capítulo II «De la contratación en pública subasta» (arts. 422-1 a 422-6); Capítulo III «De la contratación automática» (arts. 423-1 a 423-4).

Título III «De las condiciones generales de la contratación» (arts. 430-1 a 430-5).

Título IV «De las cláusulas de confidencialidad y exclusiva» (arts. 440-1 a 440-2).

Título V «De la cesión de créditos mercantiles» (arts. 450-1 a 450-9).

[123] Diversas explicaciones se dan del Libro IV del ACM, en su EM. Entre otras cosas se indica que solo se han regulado cuestiones fundamentales (básicas) de las obligaciones y contratos mercantiles en general, asegurándose «la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios»; que el Libro IV responde a la necesidad de modernizar las obligaciones y contratos mercantiles en general; que se han tenido en cuenta las regulaciones de la CIGS, los Principios UNIDROIT y los PECL; y que, concretándose al máximo las especialidades de los contratos mercantiles, algunas de las normas del ACM expresan principios reconocidos en la legislación civil y otras normas contienen regulaciones diferentes, habiéndose ello dispuesto para que la regulación ordenada tenga coherencia sistemática, permitiéndose su aplicación; tales normas son legislación mercantil aplicable a todo el territorio nacional.

A) EM del ACM:

«8) Obligaciones y contratos mercantiles.

I-35. En materia de obligaciones y contratos, se han separado dos Libros. El primero de ellos, que es el Libro cuarto, regula las obligaciones y contratos mercantiles en general. Se regulan solamente las cuestiones fundamentales, siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit y de Uncitral.

I-36. Gracias a esta regulación sintetizada de las normas y obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles. Esas normas básicas que se incluyen para las obligaciones y contratos mercantiles en general son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular. Ello hace que aun cuando esas normas coincidan con las

establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código mercantil formen parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego son regulados.

I-37. En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad».

B) Y también en la EM del ACM:

«1) Necesidad de modernización de este sector del Derecho Mercantil.

V-1. El contenido y la sistemática del Libro cuarto, “De las obligaciones y contratos mercantiles en general”, responde a la necesidad de modernizar este sector de la actividad mercantil, que, salvo por la regulación concreta de algunos contratos aislados, ha permanecido hasta ahora al margen del proceso de actualización que ha experimentado el Derecho Mercantil en otros sectores. Este proceso de modernización comienza por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado.

V-2. El Título I, “Disposiciones Generales”, contiene las normas básicas en materia de las obligaciones y contratos mercantiles, en general, que se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. De estos trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980, que es ya derecho vigente en nuestro país, así como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y los trabajos de la Comisión Landó [*sic*] sobre el Derecho Europeo de los contratos».

2) Relación con la legislación civil.

V-3. Aunque se han concretado al máximo las especialidades de los contratos mercantiles, entre las nuevas normas hay algunas que expresan, como ya ocurría con el texto del Código de comercio que se deroga, principios también reconocidos en la legislación civil, junto con normas que contienen regulaciones diferenciadas; ello es así porque la regulación establecida ha de tener una coherencia sistemática que permita su aplicación. Dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables, como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de que su posi-

ble coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil³¹².

3) Regulación de las distintas fases de la relación contractual.

V-4. Las Disposiciones Generales regulan las distintas fases de la vida del contrato, desde la fase precontractual, no contemplada en nuestro derecho positivo actual, hasta la extinción e incumplimiento del contrato, pasando por la perfección, la modificación, la interpretación y el cumplimiento del mismo. En esta regulación cabe destacar la especial atención que se ha dedicado a la perfección y a la modificación del contrato, a la consagración, aunque no se haga expresa, del principio de conservación del contrato y al reconocimiento expreso de la presunción de solidaridad de las obligaciones mercantiles³¹³.

[124] En la «*Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta del Código Mercantil*» se informa que el Libro IV de la PCM1.^a se redactó a

³¹² GETE-ALONSO CALERA: «La afirmación resaltada de la Exposición de Motivos [en su trabajo, la autora resalta en cursiva ese núm. V-3 de la EM del ACM desde “Dichas normas, [...]” hasta el final del mentado núm. V-3], ha de convenirse en que es una extrema barbaridad: o las normas son civiles o mercantiles, si se quiere mantener la división, pero en todo caso las generales son civiles» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 45; *cfr. infra* [144] A) las consideraciones de García Rubio].

³¹³ (1) Artículo 415-1 ACM: «*Solidaridad en las obligaciones mercantiles*./ 1. En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario./ 2. Todo fiador de una obligación mercantil quedará solidariamente obligado junto al afianzado» (el artículo tiene la misma redacción que el art. 80 PAMCCO 2006; *cfr. art. 578-3 ACM*). Según el artículo 1122 PMCC: «Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligados solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato. Esta regla no es aplicable si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios./ Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas./ Tanto en el supuesto regulado en el inciso final del primer párrafo como en los demás casos en que no sea aplicable el régimen de la solidaridad, la obligación será mancomunada si otra cosa no resulta de la ley o del contrato./ [...]». Los artículos 1122 a 1145 PMCC regulan las obligaciones mancomunadas y solidarias. Analiza la regulación de las obligaciones solidarias de la PMCC: GÓMEZ CALLE (2014) pp. 1565-1584.

(2) *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*: «[...] Su primer artículo, el 415-1 establece la presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles (salvo pacto en contrario); regla que ha sido cuestionada en algunos de los informes incorporados al expediente, que subraya su oposición al régimen general civil así como que la práctica más frecuente es la mancomunada. En todo caso, ha de advertirse que en la PMCC (art. 1122) la regla es la de la solidaridad de los deudores, aunque en términos más matizados./ Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 415-1 establece la regla de que todo fiador de una obligación mercantil quedará solidariamente obligado junto al afianzado. Esta regla encontraría mejor acomodo en sede del contrato de fianza, debiendo notarse que, en efecto, se trata de una cuestión regulada –con alguna mayor precisión– en el artículo 578-3 del Anteproyecto. Se propone, por ello, la supresión del apartado 2 del proyectado artículo 415-1» (núm. 837/2014, pp. 219-220).

partir del *Anteproyecto de ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad* publicado en 2006 [PAMCCO 2006; *supra* [53] C)]³¹⁴. Que dicho Anteproyecto lo redactó una ponencia presidida por don Fernando Sánchez Calero, de la que formaban parte doña Mercedes Vergez, don Alberto Bercovitz y don José M.^a de Prada. En la «*Relación*» también se indica que «[l]a participación de D. José M.^a de Prada fue de la mayor importancia para la versión definitiva de este Libro IV», y que la adaptación del Anteproyecto de 2006, a efectos de su inclusión como Libro IV del ACM, fue llevada a cabo por doña Mercedes Vergez y don Ángel Rojo. En el Libro IV del ACM se regula la contratación electrónica, las condiciones generales de la contratación, y las cláusulas de confidencialidad y de exclusiva, lo que desarrolló «el grupo VI presidido por D. Rafael Illescas, y contaba como miembros con D.^a Pilar Perales y D. Manuel Alba». La contratación en pública subasta y la contratación automática del Libro IV del ACM la propuso «el grupo de trabajo número VII, presidido por D.^a Esperanza Gallego y del que figuran como vocales D. Guillermo Alcocer y D. Franciso Ruiz».³¹⁵

[125] Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (julio-septiembre, 2013) señala que «[e]se Anteproyecto [PAMCCO 2006] fue criticado por considerar que sus normas pertenecen realmente al Derecho común y que, por lo tanto, no tendrían por qué estar incluidas en un texto legal de Derecho mercantil, al ser aplicable el Derecho civil como Derecho supletorio a las relaciones privadas mercantiles. Ocurre, sin embargo, que el problema surge —como ya se ha apuntado—, porque si esas normas se establecen solo como parte del Código civil puede que no rijan en todo el territorio del Estado, en la medida en que alguna Comunidad Autónoma podría incorporar normas distintas con la consiguiente pérdida de unidad del Derecho aplicable a las relaciones que se establecen en el mercado. Por ello, para asegurarse de que esas disposiciones legales rijan en todo el territorio del Estado, parece lo más adecuado incorporarlas al Código mercantil, y ello aunque algunas de ellas coincidan en su redacción con normas contenidas en el Código civil. Ahora bien, la Sección de Derecho mercantil ha procedido a una drástica reducción de las normas

³¹⁴ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que el Libro IV de la Propuesta de Código Mercantil «tiene su antecedente» en dicho Anteproyecto de 2006 [*RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 39]. Para un análisis de la Propuesta de Anteproyecto de 2006: ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 48-87.

³¹⁵ PCM1.^a (2013) pp. 690-691; v. PCM2.^a (2013) pp. 702-703.

contenidas en el expresado Anteproyecto de Ley [PAMCCO 2006]. En el Libro IV del Código se han incluido únicamente aquellas normas de regulación de las obligaciones y de los contratos en general que se consideran esenciales para la unidad de mercado en el territorio de todo el Estado, suprimiendo otras muchas contenidas en dicho Anteproyecto. De hecho son sólo veintiséis los artículos dedicados a la regulación de las obligaciones y contratos en general, frente a los 226 que dedica a las obligaciones y contratos en general» la PMCC³¹⁶. Añade, que no extraña que una parte importante de los artículos del Libro IV de la Propuesta de Código Mercantil coincidan con los de la PMCC, pues las normas de ambos tienen el mismo origen, los Principios UNIDROIT de 2010, y destaca que no puede olvidarse que dichos Principios tratan de los contratos comerciales internacionales³¹⁷. (Cfr. *supra* [116]).

Según Vergez (conferencia pronunciada el 13.02.2014; Abril-Junio, 2014), «[n]o es justo, por tanto, afirmar –como en ocasiones se ha hecho– que con la “Propuesta de Código mercantil” se trata realmente de contrarrestar el “expansionismo” de las Comunidades Autónomas mediante el “pretexto” de convertir en materia mercantil lo que no es sino materia civil; y tampoco es justo afirmar que con esa “Propuesta” se intenta confinar a un espacio muy reducido el Derecho contractual utilizando para ello un concepto “*sui generis*” de la “mercantilidad” superando los criterios subjetivos y objetivos tradicionales»³¹⁸.

³¹⁶ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) pp. 39-40.

³¹⁷ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) p. 40; v. (2014) p. 49.

³¹⁸ VÉRGEZ, *RDM*, núm. 292, Abril-Junio (2014) p. 14; v. (2014) p. 318. GONDRA: «Lo que, en cambio, cuesta comprender es la construcción de una Parte general de obligaciones y contratos mercantiles, para la que no encuentro sinceramente justificación dogmática alguna./ Es en este punto donde se pone de manifiesto, de forma más palmaria, la preocupación por cerrar el paso a las posibles interferencias legislativas de las Comunidades Autónomas al amparo de la competencia legislativa que sobre la “legislación civil” les reconoce el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Es verdad que en este último precepto se reserva en exclusiva al Estado la competencia legislativa, entre otras materias, de las “bases de las obligaciones contractuales”. Pero se ha debido pensar que este concepto no es lo nítido que fuera de desear y, por ello, para evitar cualquier conflicto de competencias, era mejor introducir una Parte general de Derecho “obligaciones y contratos mercantiles”, en el ejercicio de la competencia exclusiva que se atribuye al Estado en el campo de la legislación mercantil./ Esta finalidad se manifestaba ya abiertamente en la Exposición de motivos de la [sic] “Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad” propuesto por la Sección de Derecho mercantil en el año 2006, que es el antecedente directo de la Parte general del nuevo Código mercantil proyectado./ En efecto, la voluntad política que animaba aquella Propuesta es la misma que ha llevado a los autores de la Propuesta de Código mercantil a incluir sustancialmente aquella Parte general en el Título I del Libro cuarto. Por cuanto la motivación es la misma, he preferido tomar las palabras de la Exposición de

A) Y más autores han apuntado el problema de la pluralidad de derechos civiles en el territorio español, en su relación con el mercantil. En concreto, Rojo, y Tena.

B) Rojo, en *su lectio impartida el 29.06.2012* en el acto de concesión de la *Laurea honoris causa* en Derecho por la *Seconda Università degli Studi di Napoli* y publicada en Enero-Marzo (2014), manifestó:

«3.1 [...]».

El problema de la pluralidad de Derechos civiles no sería grave para el Derecho mercantil porque el contenido de esas Compilaciones [se refiere a las de Derecho civil de Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, Navarra] estaba centrado en el Derecho de familia, en el Derecho de sucesiones y, en algunos casos, en viejos Derechos reales. Pero ese problema se ha convertido en grave tras la promulgación de la Constitución democrática de de [sic] 1978. La atribución al Estado de la competencia en materia de Derecho civil se realiza por la Constitución “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (art. 149.1-8.º). La Constitución se limita a establecer que, en todo caso, corresponde al Estado determinar las reglas sobre [...], y las “bases de las obligaciones contractuales”, expresión que procede de la Constitución de la II República, de 1931 (art. 15-1.ª). Incluso al fijar las fuentes del Derecho deben respetarse las normas de Derecho foral (art. 149.1-8.º).

Pues bien, de un lado, la interpretación que el Tribunal constitucional ha hecho del término “desarrollo” del Derecho civil particular, ha permitido la aprobación por las Comunidades Autónomas de normas jurídicas en materias que no figuraban en las Compilaciones; y, de otro lado, el escaso ámbito de materias civiles reservadas a la competencia el [sic] Estado han posibilitado la “explosión expansiva” de los Derechos civiles autonómicos. Las fuerzas políticas regionalistas y, sobre todo, las fuerzas políticas nacionalistas [...] han utilizado el Derecho civil como instrumento de autoafirmación. En los oídos del estudioso del Derecho de hoy quizás resuene el eco de aquellas voces del romanticismo alemán de ayer: *ein Volk, ein Gesetzbuch*. El Código civil de Cataluña, aprobado Libro a Libro –y aun inacabado–, es quizás el ejemplo más significativo: el excelente Libro III relativo a las personas jurídicas y el Libro V relativo a los derechos reales –que se esfuerza por separarse de la tradición romana– no sólo han suscitado interés entre los civilistas.

3.2 [...] En realidad, dentro de un mismo Estado un único Derecho mercantil puede coexistir con Distintos derechos civiles. Pero, cuando se profundiza, se descubren riesgos a los que los juristas deben prestar atención.

motivos de aquella, por resultar más claras y expresivas./ [...]» [RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 38-39, v. hasta p. 41].

a) En primer lugar, el “riesgo de la apropiación” y el “riesgo de la ocupación”. En rigor, las fronteras entre el Derecho civil y el Derecho mercantil no son fronteras científicas, sino históricas. Los territorios respectivos no sólo se han modificado a lo largo de las épocas, sino que siguen modificándose hoy en día. Las zonas grises son muchas e importantes. La dificultad extrema para determinar dónde están esas fronteras ha sido aprovechada por los Derechos civiles particulares, con creciente inquietud de quienes defienden la absoluta necesidad de un Derecho unitario del mercado interior. Unas veces, la regulación civil autonómica es diferente de la regulación mercantil; otras, la legislación civil, anticipándose a la legislación mercantil, ocupa terrenos de la legislación mercantil que están pendientes de regulación.

[...].

b) En segundo lugar, el “riesgo de la fuente supletoria”. Si el Derecho mercantil tiene al Derecho civil fuente supletoria de segundo grado (art. 2 C. de c.) y ese Derecho civil no es único sino plural, la solución de un problema jurídico determinado puede ser diferente según cuál sea el Derecho civil supletorio aplicable.

3.3. Se comprende así que, tras la Constitución política de 1978, la aspiración a la unificación del Derecho privado haya sido abandonada por completo³¹⁹. En su lugar, ha surgido –y cada día se afianza más– la idea de un nuevo Código de comercio. La historia parece repetirse. En 1829 no era posible un Código civil pero era necesario contar con un Código de comercio al servicio de las exigencias del tráfico económico. Ahora tenemos multitud de Derecho civiles; pero el tráfico económico exige imperiosamente un Derecho unitario; y la forma de conseguirlo ya no puede ser un Derecho privado unificado en un Código único, sino un Derecho especial lo más completo posible. La codificación mercantil separada no es, pues, una cuestión formal, no es una cuestión de importancia económica secundaria, sino una cuestión esencial. En este contexto, la función política de ese nuevo Código de comercio es de absoluta evidencia»³²⁰.

³¹⁹ Pero *infra* [151] y ss. veremos que otros autores defienden la regulación unitaria del Derecho de obligaciones y contratos; adelantando parte de ello, según OLIVA BLÁZQUEZ: «[...] se ha dicho que tras la Constitución política de 1978, la aspiración a la unificación del Derecho privado ha sido abandonada por completo, surgiendo la idea de un nuevo Código de comercio, ROJO [...]. Ahora bien, hay que decir que, a mi modo de ver, el hecho de que el Derecho mercantil accediera a la condición de “categoría constitucional” con la Constitución de 1978 no impide la unificación del Derecho de obligaciones y contratos. En palabras de BELTRÁN SÁNCHEZ, la referencia constitucional separada a la legislación civil y mercantil no significa, en modo alguno, negar la posibilidad de una unificación formal del Derecho privado, ya que el reconocimiento constitucional de la distinción tiene un carácter simplemente instrumental, [...]» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) nota 79 en p. 57].

³²⁰ ROJO, *RDM*, núm. 291, Enero-Marzo (2014) pp. 133-135. El texto continúa: «Así lo han entendido sucesivos Gobiernos. La Orden ministerial de 7 de noviembre de 2006 ha encomendado a la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación [...] la elaboración de un “Código mercantil” para asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución, y ese mandato ha sido ratificado, tras el cambio de signo político, por el actual Gobierno de la

C) Y según Tena (Octubre-Diciembre, 2013):

«3.1 Siendo la senectud de estos odres algo tan evidente en España, los redactores de la Propuesta de Código mercantil la han tenido lógicamente en cuenta. Al menos, en los aspectos que podían funcionalmente hacerlo, como son singularmente la infidelidad competencial de nuestro legislador autonómico, con el consiguiente efecto de ruptura del mercado único, y el carácter vetusto de nuestro capitalismo patrio, especialmente en el ámbito societario. La cuestión a debatir es si la forma en que abordan esos problemas –y no es una crítica porque no podían afrontarse de otra manera– tiene alguna posibilidad de éxito. Vamos a examinar estos intentos por separados.

En relación a la ruptura del mercado motivada por la incontinencia de nuestra legislación autonómica, hay que reconocer que el origen del problema tiene carácter constitucional. Nuestra Constitución reserva la legislación mercantil a la competencia del Estado (art. 149.1-6.º), mientras que su competencia sobre la legislación civil se entiende “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan” (art. 149.1-8.º). Era bastante previsible que esa doble limitación a la competencia autonómica estuviese destinada, dada su vaguedad, a saltar por los aires. En el ámbito civil, porque el término “desarrollo” es lo suficientemente impreciso como para explicar auténticos códigos civiles autonómicos, como los que ya existen. En el ámbito mercantil, porque si la delimitación de la materia respecto a la civil ha traído en jaque a nuestros mejores mercantilistas durante décadas, no cabe esperar un juicio precisamente restrictivo por aquél con poder político suficiente como para imponer en la práctica su criterio y sus intereses. Ya hemos comentado la inoperancia del Tribunal Constitucional a estos efectos.

Esta es la realidad con la que se han encontrado los redactores de la Propuesta. Las actuales amenazas sobre la unidad del mercado explican el intento de reivindicar los instrumentos que

nación, que espera poder contar próximamente con el Anteproyecto de Código. La mayor parte de los mercantilistas españoles está involucrada en esta ambiciosa tarea./ Ese Código no será únicamente la compilación de las leyes mercantiles especiales, sino un auténtico Código, fundamentado en principios propios, con aspiración a coherencia, que, a la vez que modernice el escuálido contenido del muy envejecido Código de comercio vigente –el de 1885– e incorpore las materias dispersas, incluya materias nuevas –algunas “materias de frontera”–, y, sobre todo, extienda el ámbito del Derecho mercantil. La terminología no es inocente: el proyectado “Código mercantil” se denomina así, y no Código de comercio, porque aspira a regular la actividad de todos aquellos que operan en el mercado, y no sólo la actividad de los empresarios, en sentido técnico-jurídico. Es previsible que este Derecho mercantil subjetiva y objetivamente ampliado, junto con defensas razonables, suscite no pocas resistencias. Habrá incluso quien afirme que, con el nuevo Código, se pretende desnaturalizar, por razones políticas, el concepto tradicional del Derecho mercantil, desbordando sus límites. No creo, sin embargo, que el concepto de “legislación mercantil” –que es el término que utiliza la Constitución– obligue a una interpretación rígida del contenido del Derecho mercantil. Igual que existe un *Dogmengeschichte*, existe una *Begriffsgeschichte*./ Pero no hagamos pronósticos. El futuro, precisamente por serlo, siempre es incierto» (*op. cit.* pp. 135-136; v. además pp. 137-138).

pueden coadyuvar a ponerles freno. Existen muchos (y casi todos inexplorados por motivos políticos) pero parece muy natural, desde el punto de vista de los redactores de un Código mercantil, que uno de ellos sea extender el criterio de la mercantilidad.

3.2 Esto es lo que hace decididamente la Propuesta, por la vía de afirmar que el Derecho mercantil es el Derecho privado del mercado, ampliando su ámbito subjetivo a todos los operadores económicos, incluidos los profesionales, y su ámbito objetivo a actividades tradicionalmente excluidas, como la agricultura, la artesanal y la intelectual (liberal, científica o artística). Si unimos los dos criterios comprobaremos que la mercantilidad se extiende así a casi toda la actividad económica, convirtiendo al Derecho civil..., sí, en el Derecho común, pero en el sentido primigenio que tenía este término cuando se aplicaba al Derecho romano, y no precisamente tras la recepción, sino hace unos pocos siglos: referencia conceptual y terminológica de vigencia meramente intelectual.

Si aún sirviese para preservar la unidad de mercado, bien valdría mandar tantos profesores de Derecho civil al paro, sin duda alguna. Pero nos tememos que el esfuerzo será completamente estéril, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista político. Desde el punto de vista técnico, porque como la invasión no puede ser completa, total y absoluta, los criterios de delimitación y coordinación con la materia civil hacen aguas por todas partes, con grave merma para la seguridad jurídica. Desde el punto de vista político, porque las Comunidades Autónomas no se van a quedar con los brazos cruzados observando cómo se les amputan sus potestades legislativas, tanto las de hecho (al margen de la opinión del Tribunal Constitucional) como las de Derecho (¿acaso es mercantil lo que decide el legislador estatal que es mercantil, cuándo y cómo considera conveniente?). Su capacidad de reacción por una y otra vía pueden convertir el panorama jurídico de los próximos años en algo singularmente dantesco»³²¹.

[126] Para este trabajo interesan los artículos 411-1 y 417-2 del Libro IV del ACM.

El artículo 411-1 ACM es precepto de redacción complicada. Es también el primer artículo del Libro IV del ACM, y artículo único del Capítulo I «Del carácter de las normas» del Título I «Disposiciones generales» de aquel Libro. En él se dispone *la regla general del carácter dispositivo* de las normas reguladoras de los contratos mercantiles, *salvo las relativas a la noción y a la calificación de mercantilidad del contrato*, y salvo que la concreta norma que regule el contrato mercantil disponga lo contrario³²². Desde su posición crítica con la PCM, García Rubio (Ene-

³²¹ TENA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 76-77.

³²² Sobre el artículo 411-1 ACM, v. *Dictamen del Consejo de Estado*, núm. 837/2014, pp. 214-215.

ro-Marzo, 2014) apunta diversas consecuencias negativas, del carácter imperativo de la mercantilidad de un contrato dado³²³. Gete-Alonso Calero también se muestra crítica con el presente artículo³²⁴.

A) Artículo 411-1 ACM: «*Carácter dispositivo de las normas.*

Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes». [V. *supra* [123] A), el apartado I-37 de la EM del ACM].

Del art. 417-2 ACM nos ocupamos *infra* [169] y ss.

³²³ GARCÍA RUBIO: «La obsesión por la “mercantilidad” alcanza su paroxismo en el artículo 411-1 de la Propuesta, con el que se encabeza el Libro Cuarto de la misma relativo a las obligaciones y contratos mercantiles en general, cuando bajo la rúbrica “Carácter dispositivo de las normas” señala “*Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y a su mercantilidad, tienen carácter dispositivo, salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes*”. Este precepto, de no fácil inteligencia, o no significa nada, o la prohibición de exclusión de la mercantilidad pudiera interpretarse como dirigida a eliminar toda posibilidad de que las partes puedan pactar su sometimiento al Derecho civil en lugar de al Código mercantil (supuesto que ambos fueran diferentes), lo que también resulta curioso, puesto que la autonomía de la voluntad de las partes, incluido en lo referente a la norma aplicable al contrato, ha sido una constante en este sector del ordenamiento. Sin embargo, parece que con el texto mencionado en la mano, dos empresarios o un empresario y un particular podrán pactar, cuando la situación implique un conflicto de leyes, su sometimiento por ejemplo, al Derecho inglés donde, como es sabido, se desconoce la diferenciación civil/mercantil, o incluso al Derecho de otro país continental en el que el alcance de lo mercantil no llega tan lejos como el que se pretende en esta PCM, de modo que las normas finalmente aplicables a la relación podrían ser las contenidas en el respectivo Código civil; pero sorprendentemente en ningún caso podrán pactar su sometimiento al Código civil español (salvo que a alguien se le ocurra que también para estos casos el art. 3.3 del Convenio de Roma I impone la aplicación de la “mercantilidad”)» [Revista de Derecho civil, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) pp. 10-11]. El artículo 411-1 ACM tiene la misma redacción que el artículo 411-1 PCM1.^a (2013)/PCM2.^a (2013).

³²⁴ GETE-ALONSO CALERA: «[...] no se acaba de comprender a donde se pretende llegar cuando se dice que la noción del contrato es imperativa. ¿Cómo puede ser imperativo un concepto cuando la característica de éste es su flexibilidad? ¿Máxime en el caso de que se aplique al contrato en el momento en que se tipifica? Parece que lo que se quiere decir es que la tipicidad del contrato en concreto, es decir, la identificación legal de éste y la regulación que lo acompaña, para que se pueda calificar, es la que dice la ley, porque en eso consiste la tipicidad, y nada más; más allá de ello rige siempre el principio dispositivo propio de la materia contractual. Dicho con otras palabras, que el tipo legal es el que aparece en la norma, pero esta apreciación no excluye ni elimina la autonomía privada y por lo tanto, tampoco, comporta la prohibición de subtipos contractuales (creados en base a la alteración de la noción legal) ni otros nuevos formados a partir de la conmixtión de elementos de los anteriores (art. 1255 CC). De otra forma, la norma sería una auténtica revolución en materia contractual. ¿Se desconoce la teoría general del contrato? Cabe pensar que quienes redactaron el PCM, al prever esta imposición legal no querían este efecto pernicioso de eliminar, *de radice*, la autonomía privada del ámbito mercantil. ¿O sí?» [Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 46].

4.5 El Libro V del ACM: «De los contratos mercantiles en particular». En concreto, la mercantilidad de la compraventa, la de la compraventa con consumidores y la de la compraventa de inmueble. La relación entre los Libros IV y V del ACM

[127] El Libro V del ACM es muy extenso (arts. 511-1 a 584-5)³²⁵. Tiene los siguientes Títulos.

A) Título I «De los contratos de intercambio de bienes» (arts. 511-1 a 514-2)³²⁶.

Título II «Contrato de obra por empresa» (arts. 521-1 a 527-3).

Título III «De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales» (arts. 531-1 a 536-8).

Título IV «De los contratos de colaboración» (arts. 541-1 a 545-5).

Título V «Del contrato de depósito mercantil» (arts. 551-1 a 554-1).

Título VI «Del contrato de transporte» (arts. 561-1 a 563-1)³²⁷.

Título VII «De los contratos financieros» (arts. 571-1 a 579-7).

Título VIII «De los contratos de seguros y de mediación de seguros» (arts. 581-1 a 584-5).

[128] *La compraventa y su grupo de trabajo.*—En la «*Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión general de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código mercantil*» se indica que «[e]l Grupo VII, se ocupó de la compraventa mercantil en general, de las modalidades especiales de compraventa, del contrato de suministro y de permuta y de la protección del adquirente de bienes muebles en el tráfico mercantil. La presidenta de este Grupo es D.^a Esperanza Gallego, y los vocales, D. Guillermo Alcocer Garau y D. Fran-

³²⁵ Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «El Libro V es uno de los más extensos, puesto que establece la regulación de los contratos mercantiles en particular y consta de quinientos sesenta y seis artículos. Junto con contratos ya regulados en la legislación que se deroga, se incluyen otros muchos que carecían hasta ahora de regulación legal./ [...]»/ En la Propuesta de Código, según los casos, se ha procedido a la modificación sustancial o a la simple revisión del régimen jurídico de los contratos ya regulados. La sustancial modificación del régimen jurídico es manifiesta en el contrato de compraventa mercantil o [...]» [RDM, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) pp. 40-41].

³²⁶ Sobre la razón de la denominación empleada para ese Título I, GALLEGO (2014) pp. 343-344.

³²⁷ Artículo 561-1 ACM: «*Aplicación de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías*/El contrato de transporte terrestre se regirá por su legislación específica»; artículo 562-1 ACM: «*Aplicación de la Ley de Navegación Marítima*/El contrato de transporte marítimo se regirá por su legislación específica»; artículo 563-1 ACM: «*Aplicación de la Ley de Navegación Aérea*/El contrato de transporte aéreo se regirá por su legislación específica». Para la regulación del transporte terrestre y aéreo de la Propuesta de Código Mercantil, DUQUE DOMÍNGUEZ (2014) pp. 523-537.

cisco Ruiz Marco. Colaboraron, sin nombramiento oficial, D.^a Teresa Ortuño Baeza y D. Anselmo Martínez Cañellas»³²⁸.

A) La estructura de la compraventa mercantil (arts. 511-1 a 512-12 ACM; Título I del Libro V del ACM) es:

Capítulo I «De la compraventa mercantil en general» (Sección 1.^a «Disposición general»; Sección 2.^a «De la compraventa de bienes muebles y de bienes inmateriales»: Subsección 1.^a «De las obligaciones del vendedor», Subsección 2.^a «De las obligaciones del comprador», Subsección 3.^a «De la transmisión del riesgo», Subsección 4.^a «De los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor», y Subsección 5.^a «De los derechos y acciones del vendedor en caso de incumplimiento del comprador»; Sección 3.^a «De la compraventa de bienes inmuebles»).

Capítulo II «De las modalidades especiales de compraventa mercantil» (Sección 1.^a «De las ventas al gusto o con reserva de aprobación», Sección 2.^a «De las ventas a ensayo o prueba», Sección 3.^a «De las ventas con precio aplazado»)³²⁹.

[129] *La mercantilidad de la compraventa.*—Se dispone en el artículo 511-1.I ACM, norma imperativa (art. 411-1 ACM; *supra* [126]). La compraventa es mercantil si la misma se realiza en el ejercicio de alguna de las actividades indicadas en el artículo 001-2 ACM y el comprador o el vendedor se encuentra sujeto al ACM³³⁰. Por con-

³²⁸ PCM1.^a (2013) p. 691; PCM2.^a (2013) p. 703. Un análisis de la regulación de la compraventa general del ACM por GALLEG0 (2014) pp. 343 y ss.

³²⁹ Ese Título I del Libro V del ACM cuenta además con un Capítulo III «Del suministro» (arts. 513-1 a 513-9) y un Capítulo IV «De la permuta mercantil» (arts. 514-1 y 514-2). GALLEG0: «Además de la compraventa general, el Título incluye ciertas modalidades especiales de compraventa, como las ventas al gusto o con reserva de aprobación, las ventas a ensayo o prueba y las ventas con precio aplazado. Otras modalidades que, tradicionalmente, se han considerado compraventas, como pueden ser las ventas automáticas o las ventas en pública subasta se han integrado ahora en la parte general de obligaciones y contratos mercantiles. Se ha optado por esta alternativa considerando, en primer término, que no tienen por objeto bienes en todo caso; sino que pueden abarcar servicios, como, por ejemplo, los billetes de metro. Y, en segundo lugar, porque la especialidad de estas modalidades no radica en la prestación que constituye su objeto —el bien o el servicio— sino en la forma especial de contratar que suponen» [(2014) pp. 344-345].

³³⁰ OLIVENCIA: «[...] la actividad significa serie de actos, repetición de éstos, y en el ámbito objetivo del Código mercantil entra cada uno de ellos (“actos”) y, de entre éstos, los más importantes en el tráfico mercantil (“contratos”). La presencia en ellos de un operador del mercado y la pertenencia de su contenido principal a la naturaleza de aquella actividad, determinan su sujeción al Código, en definitiva, su inserción en el ámbito objetivo de éste./ Ese doble requisito sirve, de una parte, para diferenciar determinados contratos mercantiles de sus respectivos civiles, cuando la figura negocial es de doble regulación, civil y mercantil. Ejemplo paradigmático es el contrato de compraventa, para cuya mercantilidad el artículo 551-1 Código [*sic*, 511-1] exige que una de las partes, comprador o vendedor, esté sujeto al propio Código y la compraventa se realice en ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2. Lo mismo puede decirse de la permuta (art. 514-1) o del depósito (art. 551-2), entre otros./ [...]» [RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) p. 22].

Artículo 514-1 ACM: «*Mercantilidad*/ Es mercantil el contrato de permuta cuando cualquiera de las partes, en el ejercicio de su propia actividad económica, se obliga a entregar un bien para recibir otro, presente o futuro». Artículo 551-2 ACM: «*Mercantilidad*/ Será

siguiente, la compraventa *acto mixto* es mercantil. El artículo 511-1.II ACM señala que si la compraventa es mercantil por razón de uno de los contratantes, ambos y por igual se someten a las normas del Código Mercantil, *sin perjuicio* de la legislación protectora del consumidor. Tal *sin perjuicio* supone la aplicación *preferente* de la legislación protectora del consumidor, legislación esta, lo vimos, no incorporada al ACM [cfr. arts. 001-3.2, 001-4 ACM; núm. I-13 EM del ACM; *supra* [116] A), [118] A)].

Gete-Alonso Calera critica al ACM, que disponga de unas normas generales que determinan el carácter mercantil del contrato –los arts. 001-2 y 001-3, ya analizados– y que luego, para algunos contratos, aquél vuelva a justificar por qué los mismos son mercantiles; entre esos contratos se encuentra la compraventa³³¹.

A) Artículo 511-1 ACM: «*Mercantilidad*

Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de algunas de las actividades expresadas en el artículo 001-2 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor.

Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor».

mercantil el depósito en los casos siguientes: / a) Cuando el depositario sea un empresario que se dedique habitualmente a recibir depósitos de terceros. / b) Cuando el depositante y el depositario sean operadores del mercado conforme al artículo 001-2 y actúen en el ejercicio de alguna de las actividades mencionadas en ese artículo».

³³¹ GETE-ALONSO CALERA: «Los redactores del Proyecto, probablemente, consideraron que no bastaba con los criterios anteriores [arts. 001-2, 001-3 ACM] y se vieron en la necesidad de reiterar la mercantilidad de ciertos contratos porque, en el fondo, presentían las críticas que iban a levantar y querían dejarlo bien armado. En buena técnica jurídica y legislativa, no sería necesario acudir a esta operación asertiva si la tipificación contractual estuviera bien hecha y tuviera sentido. Pero como esto no es así, no es suficiente con que el contrato esté regulado en el Código Mercantil y se ha de asentar su mercantilidad de manera expresa. De modo que se ofrece un curioso panorama a quien analiza el texto propuesto. De una parte los criterios generales, de otra que en algunos contratos se vuelve a justificar por qué son mercantiles. Por supuesto, en los casos en los que no se dice ello no implica que los contratos en cuestión no sean mercantiles pues, también lo son por el mero hecho de estar en él, siguiendo la lógica y el principio que inspira el PCM. / [...] / Por cierto ¿es que no son suficientes, en otros casos, los criterios sentados en el Título Preliminar? Es la norma de cierre porque si la mercantilidad resulta de la aplicación de las reglas generales, ni se debía mencionar de manera expresa, ni era necesaria explicitación alguna en la Exposición de Motivos. Hagamos un repaso de los preceptos concretos donde sucede esto. Curiosamente no se repite en cada uno de los tipos y subtipos contractuales regulados, con lo que el modo de proceder desconcierta al estudioso. / Sigo el orden consecutivo de los preceptos del PCM. Son 22 casos, que sumados a los 2 generales, a la imperatividad y a lo que se dice de los actos mixtos nos da: 25 referencias a la mercantilidad (!) Demasiada reiteración para ser una construcción coherente» [Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 50-52]. En lo que sigue, la autora analiza esos veintidós casos en los que en el ACM se indica expresamente el carácter mercantil (*op. cit.* pp. 52-63; para la compraventa, v. pp. 54-56). «Epílogo. Poco más cabe añadir: ¿Era necesario este amplio despliegue para delimitar la materia mercantil frente a la civil? Claramente no» (*op. cit.* p. 63). V. OLIVENCIA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 22-23.

[130] *La compraventa con consumidores.*—Ya hemos dicho que es mercantil para el ACM (*supra* [119], [129]). Si este se aprobase en la versión manejada (mayo 2014), habría un importante cambio normativo de calificación; pues hoy por hoy la compraventa con consumidores es civil (vigentes arts. 325, 326.1.º CCO; *supra* nota 178)³³². *Ahora bien*, para aplicar supletoriamente y en primer grado la regulación de la compraventa del ACM (arts. 511-1 y ss.) a las lagunas de la compraventa del TRLGDCU —compraventa mercantil según el ACM— *habría que reformar el vigente artículo 59.2.I TRLGDCU*; pues, ya se vio, este último remite en lo no regulado por el TRLGDCU al Derecho común aplicable a los contratos (Derecho civil; *supra* [60]; compárese con el núm. VI-30 de la EM del ACM, transcrito *infra* en este mismo marginal [130]).

Gallego (Enero-Marzo, 2013) —Presidenta del Grupo de trabajo VII, grupo que como hemos indicado se ocupó de la compraventa mercantil del ACM (*supra* [128])— ha defendido la mercantilidad de los contratos con consumidores vigente el *derogado* artículo 59.2.I TRLGDCU (*supra* [59] B); recordemos su sorpresa sobre el cambio de redacción del art. 59.2.I TRLGDCU, *supra* [60]). En las consideraciones de Gallego, que en lo que sigue reproducimos, está presente de nuevo la idea de la unidad de mercado y la preocupación por la proliferación de la legislación civil procedente de las Comunidades Autónomas. Recuérdense las reproducidas palabras de Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Rojo, o Tena; *supra* [115], [125] y B) y C).

A) «[...], tratándose de los contratos con consumidores deben sistematizarse como cualesquiera otros convenios en atención a su causa y naturaleza, y, ubicarse, con arreglo a ellas, en su sede correspondiente.

Esta reglamentación debe ser además uniforme para todo el Estado, no sólo porque así lo exige el principio de unidad de mercado avalado por la Constitución, sino, sobre todo, por la naturaleza de las normas implicadas que son, sin duda, de carácter mercantil. Pues, como he recordado antes, no puede cuestionarse, sin negar los hechos, que este sector del ordenamiento nació y se desarrolló en atención a las exigencias del tráfico profesional de los comerciantes/empresarios, que fue y es, por principio, un tráfico de intermediación de los empresarios con terceros, sin otra calificación.

[...].

[...], vuelve a constatarse la constante evolución y adaptación del Derecho Mercantil a las necesidades del tráfico, en esta ocasión mediante la penetración de los intereses generales en la normativa

³³² Sobre la calificación civil/mercantil de la compraventa de consumo empresarial, FENOY PICÓN (1996) [156]-[158] pp. 248-257.

que lo integra, en la que se incluyen las llamadas normas de protección material del consumidor como parte débil del contrato.

En consecuencia, la intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil. Ahora bien, naturalmente propicia la aplicación de las normas sectoriales –mercantiles– sobre protección de consumidores. La diferencia estriba en que ahora las lagunas se integrarían con la disciplina contenida en el Código Mercantil en razón de la naturaleza del contrato. Por lo demás, con esta medida se aclararía la índole de las normas en el contexto constitucional. La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina debería nacer con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. Considerando que es mercantil toda relación contractual en la que intervenga un operador de mercado, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, la reglamentación se insertaría directamente en el ámbito de aplicación de la regla del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación»³³³ [Cfr. este párrafo con los núms. VI-30, VI-31, y VI-32 de la EM del ACM en la siguiente letra C)].

En la EM del ACM se destaca el cambio que se dispone para la calificación de mercantilidad de la compraventa, la cual abarca los actos mixtos por lo que incluye a la compraventa con consumidores; se reitera la preocupación de la pluralidad de normativas autonómicas amenazadoras de la unidad constitucional de mercado; y se señala la vocación de la compraventa mercantil del ACM de aplicarse a todo el territorio nacional.

A) EM del ACM:

«5) Mercantilidad de la compraventa.

VI-28. *El criterio de atribución de carácter mercantil a la compraventa ha sido modificado.* De forma coherente con el adoptado en el Código con carácter general se ha optado por un sistema subjetivo que *acoge la doctrina de los actos mixtos.*

³³³ GALLEGO, *RDM*, núm. 287, Enero-Marzo (2013) pp. 14-16; v. también p. 13; v. además de la autora y para el ACM (2014) pp. 352-353. GALLEGO advierte para su artículo [el publicado en enero-marzo (2013); la PCM1.^a se entregó al Ministro en junio de 2013]: «Por estos motivos se aprecia en él, si cabe con más intensidad que en otros, la obsolescencia de la regulación del actual Código de Comercio, y explicaría que el nuevo Código que, con la denominación de “Código Mercantil”, está redactando la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación, según ha anunciado en reiteradas ocasiones el Ministro de Justicia, regulará *ex novo* este principal contrato./ Expreso brevemente en estas líneas mi opinión personal acerca de las pautas de disciplina que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de acometer dicha regulación, sin que, por ende, deba verse en ellas cosa distinta, y aún menos, una descripción de los trabajos de la Comisión» (*op. cit.* p. 10).

VI-29. *Se prescinde de cualquier otro criterio.* En particular del relacionado con la ausencia de intervención de un consumidor y con el atinente al carácter mueble o inmueble del bien objeto del contrato.

VI-30. *La intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil. Naturalmente propicia la aplicación de las normas sectoriales sobre protección de consumidores, pero las lagunas se integran con la disciplina contenida en el Código Mercantil en razón de la naturaleza del contrato. Con esta medida se aclara la índole de las normas en el contexto constitucional.*

VI-31. *La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia.*³³⁴

VI-32. Considerando que es mercantil toda relación contractual en la que intervenga uno solo de los operadores del mercado señalados en el Código, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se inserta directamente en el ámbito de aplicación de la regla 6.ª del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación» [cursivas nuestras; para el núm. VI-33 de la EM del ACM el siguiente [131] B); compárese con el último párrafo del anterior texto transcrito de Gallego].

[131] *La compraventa mercantil de inmueble.*—El ACM no limita su regulación a la compraventa de bienes muebles e inmuebles. Cumpliéndose los requisitos del artículo 511-1 ACM (v.

³³⁴ Tras transcribir el núm. VI-32 de la EM de la PCM —de redacción idéntica al VI-31 de la EM del ACM transcrito en el cuerpo del texto— GÓMEZ POMAR (19.07.2013): «En puridad, la existencia de regímenes contractuales diversos no impide de por sí un mercado único (piénsese en el caso USA). Pero debiera ser evidente para cualquiera que la existencia de varias (6 o 7 en el peor de los casos) legislaciones contractuales añadidas a la común o estatal incrementaría notablemente los costes de transacción de la relaciones económicas y disminuiría, acaso de forma grave, la eficiencia económica en tiempos duros para muchas economías europeas y para la española en particular. Solo los nacionalistas más irreductibles, además, piensan que los costes añadidos de esa fragmentación normativa serían inferiores a los —supuestos acaso— beneficios de tener un régimen contractual propio que, aunque se inspire o, más directamente, copie sin más las normas del Convenio de Viena, de los Principios Lando o del DCFR sería, por el mero hecho de proceder de un parlamento distinto y no de las Cortes Generales, más ajustado a las profundas preferencias diferenciales de la población de un cierto territorio. Aunque puedo equivocarme, creo que las preferencias de las poblaciones se definen sobre cuestiones políticamente más llamativas que la resolución por incumplimiento o la mora en la recepción de la cosa vendida./ [...]. [la transcripción de este párrafo *infra* [142] A)]/ De un parte, lo cierto es que, hoy por hoy, y con la muy importante excepción de Cataluña, las Comunidades Autónomas con competencias legislativas civiles, incluso aquellas que han tenido habitual o esporádicamente partidos nacionalistas en sus gobiernos, no han legislado activamente en el ámbito privado patrimonial. Esto puede cambiar, naturalmente, pero de momento la fragmentación previsible es de dos sistemas contractuales, no de siete» [*InDret* (3/2013)].

art. 001-3 ACM) también es mercantil *la compraventa de inmueble*. El ACM le dedica una específica Subsección –la 3.^a; *supra* [128] A); arts. 511-24 a 511-27 ACM–. Según el artículo 511-24 ACM, a la compraventa de inmueble *también* se le aplica la normativa de las Subsecciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I, del Título I, del Libro V del ACM, *compatibles* con la compraventa mercantil de inmueble, y ello *sin perjuicio* de la legislación especial que sea aplicable (*v.gr.* Ley hipotecaria y demás).

En diversas ocasiones, en la EM del ACM se da cuenta de la innovación que supone la mercantilidad de la compraventa de inmueble

A) Artículo 511-24 ACM: «*Régimen jurídico*

La compraventa mercantil de bienes inmuebles se regirá por las disposiciones de las secciones 1.^a y 2.^a de este Título [*sic*; falta indicar del Capítulo I «De la compraventa mercantil en general»], siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de estos bienes, y por las normas de esta sección, sin perjuicio de la legislación especial que resulte de aplicación».

B) EM del ACM:

«VI-11. Se parte en el Título I [del Libro V del ACM] de los contratos que tienen por objeto el intercambio de bienes, siendo la compraventa mercantil el contrato, sin duda, más importante de esa categoría, debiendo destacarse la innovación que consiste en incluir dentro de la compraventa mercantil, la compraventa de inmuebles».

Para el núm. VI-29: *supra* [130] segunda A).

«VI-33. También son mercantiles las compraventas de bienes inmuebles que reúnan los requisitos generales que determinan la atribución de carácter mercantil. Una vez consolidada la liberalización del derecho de propiedad y la creación correlativa un [*sic*] mercado de inmuebles, que ha convertido a estos en bienes susceptibles de circular en el mercado, como cualesquiera otros, no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. No es posible obviar, además, que la unidad de mercado exige soluciones unívocas en el conjunto del Estado para los intercambios acaecidos en el mercado nacional cuando sean realizados por empresarios en el contexto de su actividad empresarial»;

«VI-47. Las particularidades de la compraventa de inmuebles se regulan en la sección tercera del capítulo dedicado a la compraventa general. Afectan en particular a la obligación de entrega conforme en caso de defectos de cabida y a los plazos de prescripción. En lo demás se aplican las normas de la compraventa mercantil general siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de estos bienes y, como régimen subsidiario, la legislación civil.

VI-48. Por otra parte, de manera similar a lo que sucede en los contratos concertados con consumidores, la disciplina mercantil de la compraventa de inmuebles preserva la aplicación de eventuales normativas específicas, sustancialmente de la legislación hipotecaria».

Gallego (enero-marzo, 2013) ha defendido la mercantilidad de la compraventa de inmueble («no encuentra inconvenientes de calado»). Lo sustenta en que el Código de comercio de 1885 no la excluye; en que la razón por la que fue excluida la compraventa de inmueble del Código de comercio de 1829 no existe en la actualidad (liberalización del derecho de propiedad, creación del mercado de inmuebles, circulación de inmuebles); en que la unidad de mercado requiere una solución unívoca para el mercado nacional; y en que su exclusión contradiría la de otros contratos sobre inmuebles calificados de mercantiles (contrato de obra por empresa).

A) «En particular, no encuentro inconvenientes de calado para excluir del ámbito mercantil la compraventa de inmuebles. Avalan, a mi juicio, esta orientación varias consideraciones. En primer lugar que, a diferencia del Código de Comercio de 1829, el vigente no excluye expresamente la compraventa de inmuebles. Antes al contrario, su Exposición de Motivos establece que la calificación mercantil de la venta “dependerá de las circunstancias que concurran en cada caso”. En segundo término, que el motivo a que obedeció la exclusión en el contexto del Código no concurre terminantemente en la actualidad. En efecto, el estatus jurídico que entonces tenía la propiedad territorial, –una propiedad vinculada, no sujeta al cambio en el mercado, aunque este se beneficiara de sus frutos–, no se aprecia ahora, una vez consolidada la liberalización del derecho de propiedad y la creación correlativa de un mercado de inmuebles, que ha convertido a estos en bienes susceptibles de circular en el mercado, como cualesquiera otros. Los bienes inmuebles son, como los muebles, bienes de capital. Cuando también la riqueza inmobiliaria pasa a ser un valor capital y es susceptible de circular no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. La compra de terrenos con el propósito de urbanizarlos, dividirlos y construirlos para revenderlos es un ejemplo típico de cómo el tráfico de inmuebles puede adquirir carácter mercantil, en la medida en que se destaca el hecho de la venta especulativa y la compra en el ejercicio de la actividad empresarial, incluso con el criterio del Código vigente, tal y como pone de manifiesto nuestra doctrina más autorizada. No es posible obviar, además, que la unidad de mercado exige soluciones unívocas en el conjunto del Estado para los intercambios acaecidos en el mercado nacional cuando sean realizados por empresarios en el contexto de su actividad empresarial. Finalmente, estimo que la exclusión resultaría contradictoria con la eventual inclusión en el Código de otros contratos cuyo objeto son precisamente los inmuebles y que se califican como mercantiles en atención al criterio general de atribución de la mercantilidad. Por ejemplo, el contrato de obra por empresa»³³⁵ (compárense algunas de las frases de este párrafo de Gallego, con el transcrito núm. VI-33 de la EM del ACM).

³³⁵ GALLEGO, *RDM*, núm. 287, Enero-Marzo (2013) pp. 16-17; v. de la autora para el ACM (2014) pp. 355-356 (también desde p. 354).

Pero Gómez Pomar (19.07.2013) no considera que la compraventa de inmueble sea materia que afecte a la unidad de mercado en España (es mercado local y no nacional); y Gete-Alonso Calera (octubre-diciembre, 2014) destacando la característica de la inmovilidad de los inmuebles, señala que en su regulación no solo ha de tratarse de la relación contractual, sino además del propio estatuto jurídico del bien y ahí sí está justificada la pluralidad legislativa (más cercana a la realidad social, a los intereses de las partes).

A) Gómez Pomar:

«[...]». Por poner un ejemplo, me parece que el arrendamiento y la compraventa de inmuebles no son materias jurídicas que afecten a la unidad de mercado en España pues en esto los mercados, como es evidente, son locales y no nacionales. Salvo la inercia histórica –y la retórica referencia a la igualdad en los derechos y obligaciones en todo el territorio nacional– no se explica muy bien por qué la LAU es necesariamente legislación estatal (recientemente, disposición final 1.ª, Ley 4/2013) cuando estamos ante mercados esencialmente locales en los que, por otro lado, cierta experimentación y “competencia” entre Comunidades Autónomas parecería deseable.

En el caso de la compraventa de inmuebles, la normativa de protección al consumidor inmobiliario (que, esta sí, puede ser y es autonómica) y la legislación registral e hipotecaria (estatal por otro título competencial exclusivo del Estado) son más relevantes para la actividad contractual de las empresas del sector inmobiliario que el puñado de normas que el PCM dedica al recién creado “contrato mercantil de compraventa inmobiliaria”. Para la unidad de mercado en España es infinitamente más relevante el régimen de prenda (ausente de la PCM salvo en el contenido del RD-L 5/2005 y, por su parte, objeto de una extensa normativa del Código civil de Cataluña e incluso antes en legislación especial catalana) o de la fianza (muy escaso en la PCM³³⁶) que el del alquiler o la venta de vivienda»³³⁷.

³³⁶ (1) Los artículos 578-1 a 578-11 PCM1.ª versan «Del contrato de fianza o aval»; estos artículos desaparecen en el ACM [v. Gete-Alonso Calero, *supra* [112] A)]; en el índice del ACM se indica, dentro del Libro V, Título III, «Capítulo VII. De los contratos de garantía/ Sección 1.ª Del contrato de fianza o aval/ Sección 2.ª-Normas de conflicto»; en el interior del ACM no se encuentran dicho Capítulo y secciones.

(2) Según el artículo 578-3 PCM1.ª: «Solidaridad/ 1. La obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal desde el incumplimiento de ésta./ 2. Siendo varios los fiadores de una misma deuda principal serán solidariamente responsables, entre sí, frente al acreedor afianzado. En lo demás subsistirán las consecuencias del carácter accesorio y subordinado de la obligación del fiador o de los fiadores»; el artículo 415-1 PCM1.ª (*Solidaridad en las obligaciones mercantiles*) permanece en el ACM con idéntica redacción y numeración: v. *supra* nota 313.

³³⁷ GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2013). El autor señala su opinión favorable a que se repiensen las cuestiones de distribución competencial: «De otra, que la distribución de competencias en materia contractual debe pensarse caso por caso, pues el problema resulta ser muy distinto según el ámbito concreto. Emplear un instrumento único y general (la calificación civil/mercantil de la normativa, con un sesgo en favor de la segunda) probablemente no nos dará la solución adecuada a la asignación de competencias normativas en muchos sectores. Creo mejor repensar de verdad y a fondo estas cuestiones, lo cual, ade-

B) Gete-Alonso Calera, tras transcribir parte del núm. VI-33 EM del ACM [*supra* [131] B]):

«Los argumentos son conocidos por lo que no vale la pena detenerse en ellos, ya se han comentado en líneas anteriores. Sí conviene resaltar un dato de interés: los inmuebles son bienes (objeto de derecho) cuya característica es su inmovilidad (que no se pueden trasladar de un sitio a otro), en ellos o con respecto a ellos no sólo ha de tenerse en cuenta, en el momento de regular, la relación jurídica obligatoria (contractual) sino también el propio estatuto jurídico del bien. Y aquí, está más que justificada la pluralidad legislativa, que es más próxima o cercana a la realidad social y a los intereses de las partes. Si hasta el momento el mercado inmobiliario ha permanecido al margen del llamémosle tráfico mercantil, ¿qué necesidad existe en calificarlo así? La legislación civil autonómica no puede ser sustituida por regulaciones establecidas en la ley estatal»³³⁸.

[132] Del contrato de obra por empresa del ACM tratamos *supra* [85] A) y ss., y a ello nos remitimos.

[133] Por último, en el núm. VI-8 de la EM del ACM se apunta la relación entre los Libros V y IV del ACM: el tipo contractual que el Libro V del ACM regule ha de completarse con el que se dispone en su Libro IV.

A) Núm. VI-8 ACM:

«Otro aspecto importante a tener en cuenta consiste en recordar que el régimen jurídico establecido para cada tipo contractual hay que considerarlo integrado en el conjunto del Código. Eso significa que el régimen jurídico de cada tipo contractual debe completarse con lo dispuesto con carácter general en el Libro cuarto sobre obligaciones y contratos mercantiles en general.»

4.6 Algunas de las observaciones críticas hechas al proyectado Código Mercantil sobre su ámbito de aplicación y su regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general y en particular

[134] Siendo breve el tiempo transcurrido desde la PCM1.^a/PCM2.^a (junio 2013) hemos visto que ya se han hecho relevantes observaciones críticas para aquélla; y también para el ACM. Algu-

más, nos permitiría librarnos de prejuicios e inercias que en esto como en tantas cosas abundan demasiado. Por poner un ejemplo, [...] [sigue el texto transcrito en el cuerpo del trabajo]».

³³⁸ GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 41-42.

nas de esas observaciones, por su oportunidad, las hemos ido indicando en la antecedente exposición. A continuación, además de ahondar en algunas de ellas, exponemos otras observaciones, todo ello con detenimiento.

4.6.1 LA IGNORANCIA DE LA PMCC EN LA ELABORACIÓN DEL PROYECTADO CÓDIGO MERCANTIL. PARTICULAR REFERENCIA A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

[135] Conviene retener estos datos:

(1) Que la PMCC, de aprobarse, reformaría los Títulos I y II del Libro IV del Código civil –teoría general de las obligaciones y del contrato–, y algunos aspectos de la compraventa del Capítulo Primero, del Título IV, del Libro IV del CC, además de otros preceptos³³⁹.

A) La estructura del Título I «De las obligaciones» del Libro IV de la PMCC es:

Capítulo I «Disposiciones generales» (arts. 1088 a 1094).

Capítulo II «De las diferentes clases de obligaciones» (arts. 1095 a 1121): Sección 1.^a «De las obligaciones de dar» (art. 1095); Sección 2.^a «De las obligaciones genéricas» (arts. 1096 a 1098); Sección 3.^a «De las obligaciones pecuniarias» (arts. 1099 a 1105); Sección 4.^a «De las obligaciones alternativas» (arts. 1106 a 1109); Sección 5.^a «De las obligaciones condicionales» (arts. 1110 a 1116); Sección 6.^a «De las obligaciones a plazo» (arts. 1117 a 1121).

Capítulo III «De las obligaciones mancomunadas y solidarias» (arts. 1122-1145): Sección 1.^a «Disposiciones generales» (arts. 1122 a 1124); Sección 2.^a «De la solidaridad de deudores» (arts. 1125 a 1136)³⁴⁰; Sección 3.^a «De la solidaridad de acreedores» (arts. 1137 a 1145).

Capítulo IV «De las cláusulas penales» (arts. 1146 a 1152).

Capítulo V «Del cumplimiento de las obligaciones» (arts. 1153 a 1175).

Capítulo VI «De la compensación» (arts. 1176 a 1187).

Capítulo VII «Del incumplimiento» (arts. 1188 a 1212): Sección 1.^a «Disposiciones generales» (arts. 1188 a 1191); Sección 2.^a «De la acción de cumplimiento» (arts. 1192 a 1196); Sección 3.^a «De la reducción del precio» (arts. 1197 a 1198); Sección 4.^a «De la resolución por incumplimiento» (arts. 1199 a 1204); Sección 5.^a «De la indemnización de daños y perjuicios» (arts. 1205 a 1212).

Capítulo VIII «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» (art. 1213).

³³⁹ Para una visión general y comparada entre las regulaciones del Código civil de las obligaciones y contratos, y de la PMCC, y otros aspectos, FENOY PICÓN (2013) ed. SCHULZE/ZOLL, pp. 397-430.

³⁴⁰ *Supra* nota 313.

Capítulo IX «De la cesión de créditos» (arts. 1214 a 1221).
 Capítulo X «De la asunción de deuda» (arts. 1222 a 1225).
 Capítulo XI «De la delegación» (art. 1226).
 Capítulo XII «De la cesión de la posición contractual»
 (art. 1227).
 Capítulo XIII «De la novación» (arts. 1228 a 1230).
 Capítulo XIV «De la remisión» (arts. 1231 a 1232).
 Capítulo XV «De la confusión» (arts. 1233 a 1235).

B) La estructura del Título II «De los contratos» del Libro IV de la PMCC es:

Capítulo I «Disposiciones generales» (arts. 1236 a 1244)³⁴¹.
 Capítulo II «De la formación del contrato» (arts. 1245 a 1268):
 Sección 1.^a «De las negociaciones» (art. 1245); Sección 2.^a «De la formación del contrato por oferta y aceptación» (arts. 1246 a 1259);
 Sección 3.^a «Otros procedimientos de formación del contrato» (art. 1260);
 Sección 4.^a «De las condiciones generales de la contratación» (arts. 1261 a 1264);
 Sección 5.^a «De los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» (arts. 1265 a 1266);
 Sección 6.^a «De la protección de los consumidores en los contratos a distancia» (art. 1267);
 «Sección 7.^a «De la contratación electrónica» (art. 1268).
 Capítulo III «De los documentos públicos y privados» (arts. 1269 a 1275).
 Capítulo IV «Del contenido de los contratos» (arts. 1276 a 1277).
 Capítulo V «De la interpretación de los contratos» (arts. 1278 a 1281).
 Capítulo VI «De la representación en los contratos» (arts. 1282 a 1293).
 Capítulo VII «Del contrato a favor de tercero» (art. 1294)³⁴².
 Capítulo VIII «Del contrato para persona a designar» (art. 1295).
 Capítulo IX «De la nulidad y anulación de los contratos» (arts. 1296 a 1309).
 Capítulo X «De la rescisión de los contratos» (arts. 1310 a 1314).

(2) Que en su regulación, la PMCC contiene normas específicas para los contratos con consumidores. En su EM, se alude a la opción acogida sobre la inserción del núcleo sustancial de las normas específicas de protección de los consumidores, y su razón.

A) Núm. IX de la EM de la PMCC:

«Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación

³⁴¹ Sobre el artículo 1238 PMCC (contrato, y causa), MORALES MORENO (2011) pp. 457-458, 464-475.

³⁴² Sobre el contrato a favor de tercero del artículo 1294 PMCC, MACÍA MORILLO (2014) pp. 1793-1816.

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

(3) Que, se ha visto, el ACM cuenta con un Libro IV sobre las obligaciones y contratos mercantiles *en general*, y con otro Libro V para los contratos mercantiles *en particular*, cuyas estructuras, en lo básico, hemos reproducido.

Y bajo las anteriores coordenadas, la observación crítica que surge es la de que hubiera sido oportuna la coordinación entre la Sección Primera (Derecho civil; PMCC) y la Sección Segunda (Derecho mercantil; PCM1.^a/PCM2.^a, ACM) ambas de la Comisión General de Codificación. Pero eso no ha sucedido.

[136] Así lo apunta Gondra (octubre-diciembre, 2013).

A) En nota a pie de página y refiriéndose en el cuerpo del texto al PAMCCO 2006 y a la parte general de las obligaciones contractuales mercantiles del proyectado Código Mercantil:

«En paralelo –al parecer, sin comunicación recíproca– la Sección de Derecho civil de la propia Comisión General de Codificación elaboraba en el año 2009 una “Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”. La coexistencia de ambas Propuestas resultaba chocante incluso

para quienes miran nuestro Derecho desde fuera de nuestras fronteras, vid. J. ALCALDE SILVA [...]»³⁴³.

[137] Fijando su atención en exclusiva en *las condiciones generales de la contratación*, Albiez Dohrmann (17.10.2013) señala y lamenta la no coordinación de la PMCC, cuyos artículos 1261 a 1264, 1252 regulan aquella materia³⁴⁴, con la PCM1.^a/PCM2.^a,

³⁴³ GONDRA, RDM, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) nota 16 en p. 38. GONDRA se refiere al trabajo de ALCALDE SILVA, «Comentario sobre la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del ‘Código de comercio’ español” en la Parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2011) pp. 39-92.

³⁴⁴ PMCC.—Artículo 1261: «1. Son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente./ La prueba de la existencia de una negociación individual corresponde al predisponente. En caso de contradicción entre una condición general y otra que no lo sea, prevalecerá siempre esta última./ En caso de duda sobre el sentido de una condición general, prevalecerá la interpretación más favorable para el adherente./ 2. Las condiciones generales quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes./ 3. No quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que:/ 1) Resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado./ 2) Las que su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate»; Artículo 1262: «1. Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato./ 2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa./ 3. Son abusivas, entre otras, las siguientes cláusulas o condiciones:/ a) Las que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquél./ b) Las que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o de culpa grave./ c) Las que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o de culpa grave./ d) Las que priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento./ e) Las que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente./ f) Las que excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley./ g) Las que concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato./ h) Las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada./ i) Las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual./ 4. Se presumen abusivas las condiciones que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, les serían aplicables./ 5. [transcrito *infra* nota 346]»; Artículo 1263: «1. La declaración judicial de no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales y la de nulidad de las mismas por su carácter abusivo, no determinarán la ineficacia total del contrato, que se integrará conforme al artículo 1243 de este Código [art. 1258 CC]./ Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para una de las partes, podrá declararse la ineficacia total del contrato./ 2. Podrán ejercitar las correspondientes acciones los interesados y las entidades constituidas en España o en otro país de la Unión Europea para la protección de los intereses

cuyos artículos 430-1 a 430-5, 421-8 ACM se ocupan de la misma³⁴⁵. Dada la fecha de publicación de su trabajo, el autor maneja la PCM1.^a/PCM2.^a, cuyos artículos sobre las condiciones generales de la contratación tienen idéntica redacción a los del ACM, salvo ciertas palabras del artículo 430-5 ACM.

colectivos y de los intereses difusos relacionados con esta materia»; Artículo 1264: «Las entidades a que se refiere el artículo anterior podrán también ejercitar la acción de cesación contra la utilización de cláusulas abusivas. Esta acción podrá ejercitarse incluso cuando dicha utilización haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción si existen indicios que hagan temer su inmediata reiteración».

Artículo 1252 PMCC: «Cuando en el proceso de formación del contrato ambas partes hayan utilizado formularios de condiciones generales diferentes, si han llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato y las demás condiciones particulares, existirá contrato regido por las condiciones particulares convenidas y aquellas condiciones generales que sean sustancialmente comunes. En lo demás se aplicará lo dispuesto en el artículo 1243 de este Código [art. 1258 CC]./ La norma del párrafo anterior no será aplicable cuando una de las partes haya comunicado a la otra sin demora desde que se produjo el acuerdo, su voluntad de no quedar vinculada en otros términos que los previstos en sus condiciones generales».

ALBIEZ DOHRMANN lleva a cabo un detallado análisis, comparando los artículos sobre condiciones generales de la contratación de la PCM1.^a/PCM2.^a (ACM) con los de la PMCC, y la LCGC (antes de su reforma por Ley 3/2014, de 27.03, v. DD única; *Diario La Ley*, núm. 8172, 17.10.2013, pp. 5-11).

³⁴⁵ ACM.–Artículo 430-1: «*Concepto*/ 1. Son condiciones generales las predisuestas por una de las partes para su utilización inalteradas en una o varias categorías de contratos / 2. Las condiciones generales dejan de serlo cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva»; Artículo 430-2: «*Incorporación*/ 1. Las condiciones generales únicamente forman parte de un contrato cuando se produce su incorporación voluntaria al mismo /2. La incorporación voluntaria de las condiciones generales puede producirse mediante su firma por las partes o mediante remisión explícita a ellas en el contrato o en otra documentación contractual / 3. Cuando la incorporación voluntaria de las condiciones generales tenga lugar por remisión, cualesquiera de las partes deberá tener previamente la posibilidad de acceder a su contenido bien por disponer de un soporte en el que figuren las condiciones generales bien por tener acceso al sistema de información en el que se encuentren accesibles y recuperables en soporte duradero»; Artículo 430-3: «*Eficacia*/ 1. [Transcrito *infra* nota 347] / 2. Carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente»; Artículo 430-4: «*Interpretación*/ 1. Las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones generales / 2. Las dudas que susciten las condiciones generales se resolverán conforme a las reglas de interpretación establecidas por el presente Código [v. arts. 414-1, 414-2 ACM]. En su defecto, se resolverán a favor de la parte que aceptó las condiciones»; Artículo 430-5: «*Condiciones generales contradictorias*/ 1. Las condiciones generales que se incluyan en una oferta de contrato pasan a formar parte del contrato por el mero hecho de la aceptación de la oferta que las incluye / 2. Sin embargo si la aceptación contuviera otras condiciones generales son éstas [sic] últimas las que pasarán a formar parte del contrato a menos que el oferente, sin demora o con demora [esta cursiva no aparece en la PCM1.^a/PCM2.^a] justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así los términos del contrato serán los de la oferta con las condiciones generales contenidas en la aceptación».

Artículo 421-8 ACM: «*Condiciones generales*/ La comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda comprender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato».

Sobre la contratación con condiciones generales *con consumidores*, la PMCC remite a su legislación especial, aplicable *en todo caso* (art. 1265.5³⁴⁶). Y en el ACM se dispone ese ya mentado *sin perjuicio* de la legislación de tutela del consumidor, si la misma resulta aplicable (art. 430-3.1)³⁴⁷.

A) «En una lectura contrastada de ambas Propuestas [PCM1.^a/PCM2.^a; PMCC] se observa que hay diferencias notables. No se puede decir ni mucho menos que la Propuesta mercantil sea mejor. En algunos aspectos supone un retroceso en relación con la Propuesta civil. El desconocimiento nuestro de los debates internos de los miembros que forman parte de la Sección Mercantil impide saber en qué medida han tenido en cuenta la Propuesta de Modernización de Obligaciones y Contratos. Pero si se comparan ambos textos al menos en lo que se refiere al régimen legal de las cgc, sólo cabe sacar dos conclusiones: o la Sección Mercantil desautoriza con su Propuesta la elaborada por la Sección Civil o simplemente no la ha tenido en consideración.

[...].

En un análisis comparativo de ambos textos nacionales [PMCC; PCM1.^a/PCM2.^a/ACM] hay pocos puntos en común. [...].

La Sección Mercantil manifiesta en la Exposición de Motivos de la Propuesta que sólo se articula una regulación muy básica y general de las cgc, dejando para la legislación especial los aspectos más específicos. Por legislación especial entendemos, principalmente, la LCGC y el TRLGDCU.³⁴⁸ En realidad, la Propuesta Mercantil se queda muy corta si la comparamos con la Propuesta civil, que de forma decidida optó por incorporar todo el régimen material de la contratación adhesiva, siguiendo el ejemplo de la Reforma alemana del BGB en 2002 y el Nuevo Código Civil holandés de 1992.

Uno se tiene que preguntar cómo es posible que la Sección Mercantil trabajara tan separadamente de la Sección Civil cuando es su deber de velar por que la codificación del Derecho privado sea lo más armoniosa posible. La convivencia intelectual que supone que debe haber existido entre las dos Secciones no parece que se

³⁴⁶ Artículo 1262.5 PMCC: «[e]n todo caso, en los contratos en que el adherente sea un consumidor o usuario *se aplicará su legislación especial*».

³⁴⁷ Artículo 430-3 ACM: «*Eficacia*/ 1. Las condiciones generales que reúnan los requisitos legales producen, *sin perjuicio de la legislación de tutela del consumidor y usuario si resultara aplicable*, plenitud de efectos entre las partes del contrato al que hayan sido incorporadas./ 2. [...]».

³⁴⁸ Entendemos que ALBIEZ DOHRMANN se refiere al apartado V-13 de la EM de la PCM1.^a/PCM2.^a –apartado de idéntica redacción en el ACM–. Reproducimos el apartado del ACM: «V-13. El Título III, De las Condiciones Generales de la Contratación, no se ocupa de todos los aspectos del régimen jurídico de las mismas, desarrollados en su regulación específica, sino solo de los más básicos y generales. En esta línea, además de la determinación del concepto de condiciones generales, se considera la necesidad de que se produzca su incorporación al contrato y las condiciones en las que esta incorporación se produce, su eficacia, sus reglas de interpretación, así como el reconocimiento, muy importante, de las llamadas condiciones generales contradictorias formuladas no por el oferente sino por el aceptante».

haya dado, al menos en la materia que nos ocupa. Me parece lamentable que en un país con una vida democrática bastante consolidada como España se tengan comportamientos decimonónicos que no beneficien en nada a la codificación del Derecho de la contratación. No se puede codificar como si el Código Mercantil y el Código Civil fuesen cuerpos legales extraños entre sí cuando resulta que la contratación debe estar contenida en ambos Códigos sobre la base de la distinción entre contratos mercantiles y civiles según la propia voluntad de los nuevos codificadores. Pero al margen de esta división mercantil y civil que se mantiene al menos en la Propuesta de Código Mercantil, hay partes que necesariamente deben figurar en el Código Civil, además con exclusividad, como es la regulación de las cgc, una vez que se tiene claro que esta materia no debería estar regulada, como hasta ahora, en una ley especial».³⁴⁹

Pero Vergez (conferencia pronunciada el 13.02.2014; Abril-Junio, 2014) explica que en la PCM1.^a/PCM2.^a (ACM) no había de faltar la presencia de las condiciones generales de la contratación, forma de contratar que opera en el ámbito de aplicación de aquélla; además, no se contiene una regulación completa de las mismas.

A) «[e]sta inclusión ha sido objeto especial de consideraciones críticas, pero –en la línea de lo que ya hemos expuesto– responde a un planteamiento muy claro: la presencia de las condiciones generales de la contratación no podía faltar en el Código mercantil cuyo ámbito de aplicación constituye el medio en el que esta forma de contratar con condiciones generales surge y tiene lugar.

En este caso, la pretensión de la “Propuesta de Código mercantil” no ha sido tampoco la de hacer una regulación completa del régimen de las condiciones generales de la contratación, ni modificar el Derecho vigente, sin perjuicio de reconocer las limitaciones y las carencias importantes que presenta. Lo que se trata de hacer, también en este caso, es introducir determinados aspectos concretos relativos al tratamiento de estas condiciones generales que, por lo menos, hacen conveniente una consideración especial desde el punto de vista del tráfico mercantil y que no están considerados en la legislación en vigor».³⁵⁰

³⁴⁹ ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, n.º 8172, 17.10.2013, pp. 3-4.

³⁵⁰ (1) VERGEZ, *RDM*, núm. 292, Abril-Junio (2014) p. 19; v. (2014) p. 324. La autora destaca y explica esos aspectos de consideración especial: (1) que las condiciones generales de la contratación dejan de serlo si se someten a negociación competitiva (art. 430-1.2 ACM); (2) el tratamiento de lo que se conoce como «condiciones sorprendentes» o «sorpresivas» (art. 430-3.2 ACM); y (3) el de las «condiciones generales contradictorias» (art. 430-5 ACM) [*op. cit.* pp. 19-20; v. (2014) pp. 324-326]. ILLESCAS (2014) pp. 337-340.

(2) *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*.—«El Título III del Libro IV se refiere a las condiciones generales de la contratación. En relación con ellas, señala la Exposición de Motivos que la norma proyectada no se ocupa de todos los aspectos de su régimen jurídico (desarrollados en su regulación específica), sino sólo de los más básicos y generales: determinación del concepto, su incorporación al contrato, su eficacia, reglas de interpretación, así como el reconocimiento de las llamadas condiciones generales contradictorias formuladas por el aceptante./ Esta regulación ha sido muy cues-

[138] Y García Rubio (enero-marzo, 2014) también critica esa descoordinación entre la PCM1.^a/PCM2.^a, y la PMCC.

A) «[...]. Por mi parte, me limitaré ahora a hacer algunos apuntes sobre lo que, en mi opinión, constituye uno de los errores mayores de la Propuesta [Mercantil], cual es la inclusión en el Código Mercantil de los Libros Cuarto y Quinto, respectivamente rubricados “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general” y “De los contratos mercantiles en particular”. Aunque no entraré en ello en esta sede, quiero dejar también constancia de la profunda equivocación que supone introducir en la sede de un hipotético Código Mercantil regulaciones *ad hoc* de institutos jurídicos generales como la prescripción y la caducidad (Libro Séptimo)³⁵¹, o las cuestiones de capacidad.

tionada a lo largo del expediente, bien por considerar que su regulación debe hacerse en el Código Civil –como se ha hecho en otros Estados de Europa–, bien por tratarse de una cuestión ya regulada en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), bien por entender que debería aprovecharse la ocasión para llevar la regulación de la LCGC al nuevo Código Mercantil./ Ya se ha insistido en la necesidad de una regulación general de las bases de las obligaciones y contratos, común a los ámbitos civil y mercantil, pero conviene mencionar ahora algunos problemas específicos que plantea la regulación proyectada en este concreto ámbito./ El texto proyectado mantiene la vigencia de la LCGC (cuyo origen, no se olvide, está vinculado a la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) y, según dice la Exposición de Motivos, se limita a recoger los aspectos más básicos y generales, que quedarían desarrollados en su regulación específica (*i.e.* en la LCGC). Parece un opción, en principio, razonable, si bien debe completarse con una remisión expresa a aquella regulación específica y extremarse la cautela para impedir discordias perturbadoras entre una y otra regulación. Resulta necesario, por tanto, advertir sobre aquellas discrepancias por los efectos nocivos que pudieran tener y recomendar, con carácter general, la mayor adecuación entre la regulación del Código y la de la LCGC (incluso modificando esta última, si se considera necesario), de forma que realmente el Código se limite a recoger principios o reglas generales que encuentren su desarrollo en aquella Ley./ [...] / En suma, y a la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado considera que la regulación de las condiciones generales de la contratación debe permanecer regulada fuera del Código, sin perjuicio de que en él pueda hacerse una remisión general a lo dispuesto en la LCGC (en línea con lo que se hace en el art. 642-1 en relación con el conocimiento de embarque), con alguna precisión –si se considera necesario–, y con introducción en esa LCGC –vía disposición final– de las modificaciones que se considere pertinente llevar a ese régimen general) [*sic*» (núm. 837/2014, pp. 234-238).

³⁵¹ De los Libros IV y V del ACM hemos dado cuenta en el cuerpo del texto. Sobre el Libro VII del ACM «De la prescripción y la caducidad» (arts. 711-1 a 720-4):

(1) Según la «*Relación de los vocales de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código mercantil*», «[y] por último, el Libro VII, que es muy breve y se ocupa de la prescripción y caducidad, tuvo como punto de partida para su trabajo la parte correspondiente del Anteproyecto de ley de modificación del Código de comercio, que había sido publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia número 2006 [PAMCCO 2006, arts. 942 a 955], y la adaptación como Libro VII fue realizada por un grupo integrado por D.^a Mercedes Vergez, D. Ángel Rojo y D. Alberto Bercovitz» [PCM1.^a (2013) p. 692]. Un análisis del Libro VII, en su versión PCM1.^a/PCM2.^a, por GARCÍA-PITA, *RDM*, núm. 291, Enero-Marzo (2014) pp. 46-75.

(2) Comparando las regulaciones de la PCM1.^a/PCM2.^a (2013) y del ACM (2014): (2.1) El artículo 712-1 PCM1.^a/PCM2.^a establece *con carácter general un plazo de tres años de prescripción*, salvo que otra cosa se disponga; el artículo. 712-1 ACM sustituye el plazo de tres años, por uno *general de cuatro años*; (2.2) Al artículo 713-1 PCM1.^a/PCM2.^a se le añade, en el artículo 713-1 ACM, como causa de interrupción de la prescripción, la de

la iniciación de un procedimiento arbitral; (2.3) Al artículo 713-3 PCMI.⁹/PCM2.^a, se le añade, en el artículo 713-3 ACM, como causa de suspensión de la prescripción, la de la presentación de una solicitud de mediación según lo previsto en la normativa de mediación de asuntos civiles y mercantiles, con la consiguiente modificación de concordancias en la redacción; (2.4) A la PCMI.⁹/PCM2.^a se le añade un nuevo artículo sobre la suspensión de la caducidad, el 720-3 ACM; y el artículo 720-3 de la PCMI.⁹/PCM2.^a pasa a ser el artículo 720-4 ACM. Sobre el Libro VII del ACM, SÁNCHEZ-GALERO GUILARTE (2014) pp. 642-652; en pp. 640-642, el autor justifica la razón de dicho Libro VII.

(3) Según el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, «[e]l Libro Séptimo del proyectado nuevo Código regula la prescripción y la caducidad; sigue, según la memoria de análisis del impacto normativo, las posiciones más modernas tanto de los ordenamientos nacionales como del tráfico internacional, e incorpora por primera vez una regulación general de los aspectos fundamentales de la caducidad./ Precisamente, ese carácter general de la regulación –tanto de la prescripción como de la caducidad– ha sido objeto de una severa crítica por parte del Consejo General del Poder Judicial, que ha insistido en que esa vocación generalista de alguna manera suplantaría a la regulación civil de la prescripción –a menudo trasnochada y perfilada jurisprudencialmente–, por lo que hubiera debido ubicarse en el Código Civil./ El Consejo de Estado comparte el criterio expresado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe y considera que, en efecto, la regulación general de la prescripción y caducidad debe ubicarse en el Código Civil. Ha de insistirse, por tanto, una vez más, en la observación de carácter general formulada al comienzo de las consideraciones relativas al Libro IV del Anteproyecto./ Ahora bien, en materia de prescripción y caducidad debe tenerse en cuenta un factor adicional, puesto que mientras las bases de las obligaciones contractuales tienen una reserva competencial expresa a favor del Estado en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, en materia de prescripción y caducidad puede haber, junto a las normas del Código Civil, otras normas autonómicas (así, Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña)./ Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que el legislador estatal, en el marco de la competencia exclusiva que le corresponde en materia de legislación mercantil, puede introducir una regulación de la prescripción y de la caducidad, para el ámbito mercantil, que se separe de la prevista en el Código Civil (y de las previstas en los derechos civiles, forales o especiales), de acuerdo con la reserva competencial prevista en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución. No obstante, a juicio del Consejo de Estado, lo correcto es que la regulación general de prescripción y caducidad se mantengan en el Código Civil –en línea con lo observado más arriba– y que en el Código Mercantil se recojan las especialidades que se consideren pertinentes para este concreto ámbito, con una remisión expresa –en lo demás– a lo dispuesto en el Código Civil» (núm. 837/2014, pp. 329-330).

(4) (4.1) En el momento en que se escribieron estas líneas, había un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 06.03.2015, núm. 133-1; núm. 121/000133) que, de llegar a ser ley, reformaría, además, la prescripción extintiva del Código civil. Según el núm. V de su EM: «Esta reforma sirve también para llevar a cabo una primera actualización del régimen de la prescripción que contiene el Código Civil, cuestión de una gran importancia en la vida jurídica y económica de los ciudadanos./ A partir de los trabajos de la Comisión General de Codificación, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, estableciendo un plazo general de cinco años. Además se modifica el artículo 1973 del Código Civil, sobre el régimen de interrupción de la prescripción, con la finalidad que las reclamaciones extrajudiciales sucesivas puedan demorar el plazo legal de prescripción. Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años». Según la Disposición Transitoria quinta del Proyecto: «Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes./ El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil». Y según la Disposición Final primera del Proyecto: «Modificación del Código Civil en materia de prescripción./ El Código Civil queda modificado como sigue:/ Uno. Se modifica el artículo 1964, que queda redactado del siguiente modo:/ “Artículo 1964./ 1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años./ 2. Las acciones personales que no tengan

Antes de entrar a justificar las razones de esta opinión –que coincide, sustancialmente, con la expuesta en las Alegaciones a la Propuesta presentadas por el Grupo Actualiza, de las que la autora de este artículo es también firmante, junto con A. Cañizares, C. Gete-Alonso, F. Infante, M. Martín, F. Oliva, J. Solé y T. Torres³⁵²–, me permito mostrar mi sorpresa ante la absoluta falta de coordinación, y hasta pudiera decirse que de conocimiento, de lo que en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, esto es, en la Sección Civil, se ha hecho y se sigue haciendo, para lo que, al menos teóricamente, es en estos momentos el objetivo común de ambas: la modernización del Derecho privado patrimonial y su mejora técnica. Que esta Propuesta de Código Mercantil ignore, como si no existiera, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil, presentada por la Sección Primera en 2009, o incluso que ambas secciones no hayan trabajado juntas en la elaboración de sus textos, no tiene explicación razonable, porque desde luego no puede ser calificada de tal la basada en querellas académicas o en protagonismos personales»³⁵³.

4.6.2 LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS «BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES» DEL ARTÍCULO 149.1.8.^a CE: MATERIA CIVIL, Y NO MERCANTIL

[139] Los Derechos civil y mercantil forman parte del Derecho privado y la Constitución Española de 1978 los ha recogido

plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”. Dos. Se modifica el artículo 1973, que queda redactado del siguiente modo: “Artículo 1973/ La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor./ El plazo de prescripción no se entenderá interrumpido si transcurrido un año desde la reclamación extrajudicial el deudor no hubiese cumplido y el acreedor no hubiese reclamado judicialmente su cumplimiento”. V. con posterioridad Ley 42/2015, de 5 de octubre, núm. vi de su EM, DT 5.^a, DF 1.^a, DF 10.², DF 12.^a1 (BOE 06.10.2015; núm. 239).

(4.2) Según el artículo 713-1 ACM: «Causas de interrupción./ 1. La prescripción se interrumpe por las siguientes causas:/ [...] 2. También podrá interrumpirse la prescripción por una sola vez mediante requerimiento extrajudicial al deudor hecho por escrito». SÁNCHEZ-GALERO GUILARTE indica: «La interrupción de la prescripción debe corresponderse con el efectivo ejercicio por parte del acreedor de su pretensión, bien extrajudicialmente o a través de la correspondiente acción. Un ejercicio de buena fe, que está reñido con una reclamación cuya única finalidad es, precisamente, la interrupción de la prescripción. Especial reparo merecen reclamaciones extrajudiciales “automáticas” o “programadas”, habituales en la contratación mercantil que, antes que la defensa del derecho correspondiente, buscan simplemente, eludir los efectos del transcurso del tiempo. Es esta práctica la que ha animado la previsión especial que para la interrupción derivada de un requerimiento extrajudicial contempla el artículo 713-1.2 ALCM: ésta sólo podrá producirse “por una sola vez”» [cursiva del original; (2014) pp. 649-650].

³⁵² ACTUALIZA: Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España. Ese documento de Alegaciones es de 11.11.2013 y se encuentra publicado en el ADC (2014) pp. 219-225, v. *infra* [156] A).

³⁵³ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho civil*, vol. I núm. 1, enero-marzo (2014) p. 8; v. también pp. 15-16.

en su reparto de las competencias legislativas estatal y autonómica (art. 149.1.6.^a y 8.^a CE; son categorías constitucionales³⁵⁴). El ACM se ampara en la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil y procesal del artículo 149.1.6.^a CE [DF 9.^a; *supra* [53] E)]³⁵⁵; la PMCC, en la competencia exclusiva del Estado de las bases de las obligaciones contractuales del artículo 149.1.8.^a CE (art. octavo PMCC). Según la EM de la PMCC, no hay duda de que esa es la naturaleza de los artículos de los Títulos I y II del Libro IV. De ahí, *su vigencia directa en todo el territorio español*.

A) Artículo octavo PMCC: «Aplicación general de la reforma legal propuesta

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

³⁵⁴ A propósito de la distinción Derecho civil/Derecho mercantil, GÓMEZ POMAR considera: «La segunda observación se refiere a la fortaleza entre nosotros de la distinción gremial Derecho civil/Derecho mercantil. Ingenuamente por mi parte he pensado desde hace años que, como forma de categorización de materias, se había asumido ya por todos su naturaleza históricamente contingente y sustancialmente convencional. Me permitía confiar en hechos como su inexistencia en muchos sistemas jurídicos (los de *Common Law*) o su pervivencia muy atenuada y escasamente delimitadora de materias en sistemas europeos, incluso de doble código, como Alemania. [...] / Me había olvidado, sin embargo, de dos factores muy importantes que hacen distinto el caso español. Primero, la cristalización en compartimentos estancos de Derecho civil y Derecho mercantil como áreas de conocimiento distintas a efectos universitarios. No es esta la ocasión (aunque el fenómeno merecería un atento estudio) de resaltar la importancia que el Plan de Estudios de 1953 y su traducción casi literal por el Ministro Maravall en el RD 1888/1984, que aprueba el catálogo de áreas de conocimiento, han tenido en la fisonomía contemporánea del Derecho de España. Lo cierto es que entre nosotros no se vive ni se practica la idea de que el Derecho privado es un espacio único, sino uno dividido en dos ámbitos apriorísticamente definidos por un Director General de Universidades del primer o del segundo franquismo. Esa visión dicotómica, producto del gremialismo universitario español, se proyecta metonímicamente sobre los ámbitos materiales que se analizan y se ordenan jurídicamente. / El segundo factor es de mayor rango normativo y de mayor trascendencia política, aunque no necesariamente de mayor importancia real. Me refiero a que la distinción civil/mercantil es uno de los ejes (no el único, pero sí el primario) de articulación de las competencias normativas en materia de Derecho privado entre el Estado y (algunas) Comunidades Autónomas. Frente al complejo y descoyuntado art. 149.1.8 CE, en materia de legislación civil, el art. 149.1.6 CE nítidamente adjudica la legislación mercantil –toda– al Estado y la coloca extramuros de las competencias legislativas de las Comunidades con poder legislativo en Derecho privado conferido por el art. 149.1.8 CE» [*InDret* (3/2013) 19.07.2013]. GETE-ALONSO CALERA, reproduciendo a M.^a Ángeles Parra Lucán: «[...] lo que ha llevado a decir que en España la división de lo civil y lo mercantil que es “[...] de carácter académico, legal y, además, tiene trascendencia desde el punto de vista político y constitucional [...]” se utiliza por los mercantilistas “[...] con el afán exclusivo de lograr un crecimiento de su labor académica y profesional, de forma interesada y sin respeto a la legalidad vigente ni a los intereses en juego”» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 43; y la nota 21 en p. 43: «M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, “La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado”, en *Europa e diritto privato*, 2014, en prensa»].

³⁵⁵ Sobre el Derecho mercantil a propósito del artículo 149.1.6.^a CE y la STC 37/1981, de 16 de noviembre, GONDRA, *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 42-43.

B) Núm. X de la EM de la PMCC:

«Hay que añadir una observación de suma importancia: los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8.^a del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia.»

[140] Sentado lo anterior, la crítica que *en esencia* y que con una menor o mayor contundencia algunos hacen, es que la materia del Libro IV de la PCM1.^a/PCM2.^a (del ACM) forma parte de *las bases de las obligaciones contractuales*. Esto es, que es Derecho civil de competencia exclusiva del Estado. (Recuérdense, además, las consideraciones de Cámara Lapuente (en 2011) *supra* [59] A), [60] A); v. además Gete-Alonso Calera, *supra* [114]).

[141] Y así, para la PCM1.^a, Roca Guillamón (2013) apuntó a que se explotara la vía de las bases de las obligaciones contractuales del artículo 149.1.8.^o CE para una regulación *civil única supletoria* al Derecho mercantil.

A) «Pienso que, y con mayor razón en estos tiempos, el problema requiere una solución más radical de modo que, sin margen a la duda, quede claro que en defecto de norma mercantil se aplicará la regulación civil única que representa el derecho estatal y no la contenida en el derecho civil de cada uno de los territorios. Quizá sería más eficiente explotar la vía del carácter estatal de las bases de la [*sic*] obligaciones, que aplicado con cierto rigor, permitiera salvar ese importante riesgo de dispersión que afecta a la unidad de mercado». ³⁵⁶

[142] Gómez Pomar (19.07.2013) apunta el derrotismo del Ministerio de Justicia al acudir al terreno seguro de la competencia estatal sobre el Derecho mercantil, dando a entender que da por perdida la batalla en el terreno del artículo 149.1.8.^a CE. En su opinión, ello es *una solución simplista*.

A) «[...] Sin embargo, la estrategia de la PCM, aunque comprensible por algunas razones, se revela en exceso derrotista como visión expresada desde el Ministerio de Justicia. Da a entender que la preservación de la unidad de mercado que evite una fragmentación normativa perjudicial para la economía española es una batalla perdida por el Estado en el terreno del art. 149.1.8 CE y que

³⁵⁶ ROCA GUILLAMÓN (2013) p. 251.

solo puede librarse en el más seguro terreno del art. 149.1.6 CE. No me parece que haya razones para llegar a esta conclusión, al menos de momento. Al contrario, pienso que desplazar –casi– toda la cuestión al art. 149.1.6 CE sería una solución simplista que tendría consecuencias negativas en muchos órdenes». ³⁵⁷

[143] Para *las condiciones generales de la contratación*, Albiez Dohrmann (17.10.2013) indica que su regulación es de exclusiva competencia estatal, pues forma parte de las bases de las obligaciones contractuales. Entiende que aquéllas *deben regularse en el Código civil*.

A) «Nadie puede poner en duda que en el Derecho contractual moderno las cgc constituyen una parte de la teoría general de las relaciones contractuales. Podemos afirmar sin equivocarnos que las cgc son parte de las bases de las obligaciones del sistema contractual, utilizando una expresión consagrada en nuestro texto constitucional (art. 149.1.8.^a CE). Así lo ha reconocido el propio TC en cuestiones de competencia [...]. Aunque en esta doctrina se entremezclan cuestiones de competencia en materia civil, mercantil y de consumo, no siempre con la debida claridad y precisión, nos puede arrojar alguna luz sobre el significado de las “bases de las obligaciones”. Es doctrina constitucional que la regulación de las cgc y de las cláusulas abusivas es competencia del Estado por constituir temas capitales del Derecho de la contratación. Ahora bien, lo que no dice, ni tenía por qué decirlo, es si se trata de una materia mercantil o si forma parte del núcleo duro del Derecho civil de la contratación.»

[...].

La regulación de las cgc donde debe tener su ubicación es en el Código civil. Si bien es cierto que en una primera etapa era frecuente que fuese una ley especial la que se ocupara de articular los aspectos materiales, procesales y administrativos de las cgc (así sucedió en Alemania con la AGB-G de 1976), en la actualidad se trata de una materia que en lo sustancial forma parte del acervo común de la contratación. Es una de las principales razones por las que en una etapa más reciente se han incorporado los aspectos materiales de las cgc en los códigos civiles (en el BGB [...] holandés o [...] brasileño) [...] italiano [...]. Estas referencias del Derecho comparado constituyen un argumento más para criticar la decisión de la Sección Mercantil de incorporar en el Código Mercantil aspectos materiales básicos de las cgc.

No es que el futuro Código mercantil quiera sustituir al Código Civil en materia de obligaciones y contratos, según se desprende del contenido de la Exposición de Motivos, pero al menos en lo que respecta a las cgc discrepo que éstas deban ser objeto de una regulación mercantil.

Un criterio que seguramente han sopesado los redactores mercantiles para incorporar las cgc en el Código mercantil es que la

³⁵⁷ GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2013). V. *supra* nota 334.

contratación adhesiva es una praxis generalizada del mercado. En aras de la unidad de mercado, pensarán ellos, corresponde establecer en el Código mercantil las normas básicas de las cgc. El leitmotiv de la Sección Mercantil es “un mismo Código para un mercado [sic] único, con vigencia en todo el territorio nacional”. Es un argumento que se puede esgrimir a favor de la tesis de una regulación básica de las cgc en el Código Mercantil.

Sin embargo, sigue siendo premisa para los nuevos codificadores mercantiles que el Derecho mercantil es un Derecho especial, como reconocen en la Exposición de Motivos, que debe ser acotado en razón de las materias que se consideren mercantiles.

Aun cuando, como se admite también en la Exposición de Motivos, una regulación de las cgc puede ser redundante, habida cuenta de que otras leyes se ocupan de ellas, a mi juicio no hay razones que justifiquen un [sic] duplicidad legal, máxime cuando hay algunas divergencias importantes entre la Propuesta y la actual Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación [...]. Lo procedente sería, en todo caso, derogar la LCGC, y regular de forma amplia las cgc, bien en el Código civil o bien en el Código Mercantil, aunque el lugar propio es el Código Civil.

[...].

Al margen de estas consideraciones últimas de Derecho comparado, sigo pensando que el lugar propio de la regulación de las cgc es el Código Civil. Una reforma en este sentido tiene, además, la ventaja de poder aunar en un solo texto jurídico todo el régimen material de las cgc y de las cláusulas no negociadas individualmente conforme con el Derecho comunitario y europeo; con las necesarias generalizaciones y matizaciones según el adherente sea un consumidor o un empresario. Esa fue al menos la intención de la Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión General Codificación [sic] en la redacción del Anteproyecto de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, que tuvo unas miras mucho más altas que la Sección Mercantil». ³⁵⁸

[144] García Rubio (enero-marzo, 2014) también manifiesta la crítica del título competencial al que se ha acogido la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación para que la PCM1.^a/PCM2.^a regule las obligaciones y los contratos. La autora señala que en la EM de aquélla se indica que se ha recogido lo fundamental y básico de las obligaciones y contratos, y, *si lo fundamental, es lo básico, los libros IV y V de la PCM1.^a/PMC2.^a son inconstitucionales* (materia civil del art. 149.1.8.^a CE). No cree que la misma materia fuera atribuida por el legislador constitucional en dos de los números del artículo 149 CE: *desde el punto de vista constitucional una norma no puede ser simultáneamente civil*

³⁵⁸ ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, núm. 8172, 17.10.2013, pp. 1-3. *Supra* notas 344, 346.

y mercantil; y la repetición de una norma básica de las obligaciones y contratos, norma civil, en un Código mercantil, *no cambia su naturaleza jurídica*. Añade que, sobre la realidad de que el Estado tenga la competencia exclusiva de las bases de las obligaciones contractuales, y que haya Comunidades Autónomas competentes en lo que *no es básico*, implica que *por hipótesis el Estado no puede regular de un modo tan detallado las bases de las obligaciones contractuales que deje a las Comunidades Autónomas competentes en lo no básico sin ámbito de regulación*. Y eso es lo que se pretende al trasladar lo que es regulación de las bases de las obligaciones contractuales, al Derecho mercantil.

A) «A pesar de su carácter meramente académico y su categorización histórica y por tanto mudable, la Constitución española de 1978 acogió en su seno la división material entre el Derecho civil y el Derecho mercantil que siempre ha resultado confusa y difusa. Ello nos obliga a deslindar, en lo que ahora nos preocupa, el ámbito del artículo 149.1.8.^a CE, en concreto en lo referente a las bases de las obligaciones contractuales (materia civil), del artículo 149.1.6.^a CE donde se apela a la materia mercantil.

Trataré de argumentar la inconstitucionalidad de la Propuesta de Código Mercantil en ese punto. Ya he dicho que la propia Exposición de Motivos de la Propuesta afirma que recoge lo fundamental y lo básico en materia de obligaciones y contratos. Pues bien, si lo fundamental se identifica con lo básico y las cuestiones que regula esta Propuesta son fundamentales [...], los libros IV y V son inconstitucionales porque la Constitución de 1978 sitúa las “bases de las obligaciones contractuales” dentro de la legislación civil (art. 149.1.8.^a) y no dentro de la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a). [...]. Pues bien, si partimos de que la atribución competencial del artículo 149.1.8.^a CE no coincide con la del artículo 149.1.6.^a CE, aunque ambas estén muy próximas, como parece lo correcto –pues no creo que se pueda defender que la misma materia está atribuida al legislador competente en dos números distintos, aunque sea difícil marcar la línea divisoria entre ambos y aunque la propia jurisprudencia constitucional haya aludido en más de una ocasión a ambos títulos competenciales de manera conjunta, pero como dos títulos diferentes–, creo estar en lo cierto al entender que una norma, desde el punto de vista constitucional, no puede ser las dos cosas, civil y mercantil al mismo tiempo. La norma sobre obligaciones contractuales, si es básica, habrá de ser una norma civil *ex* artículo 149.1.8.^a CE y, por ello, bajo esta calificación, competencia exclusiva del Estado.

[...]. Creo que este razonamiento y su conclusión son incorrectos y que si una norma básica sobre obligaciones contractuales tiene su título habilitante en el artículo 149.1.8.^a CE, su repetición en el Código mercantil ni muta su naturaleza, ni le otorga el don de la ubicuidad, situándola también y simultáneamente bajo el cobijo del artículo 149.1.6.^a CE: o pertenece al halo de aquél o al de éste, pero no a ambos. De hecho, de forma análoga a lo que sucede con

la doctrina de la [sic] Tribunal Constitucional en torno a las llamadas leyes *repetitae, ad. ex.*, (STC 341/2005) –doctrina dictada, como es sabido, en otro contexto, cual es el de decidir cuándo es o no legítimo que el legislador autonómico, en el ejercicio de sus competencias, repita disposiciones del Estado en aras de la mejor construcción y comprensión de sus propias leyes–, la repetición sólo sería adecuada si la reproducción de la norma civil en sede mercantil fuera necesaria para la mejor inteligencia de esta última, y sin que por ello cambiara, en ningún caso, su naturaleza.

[...].

[...] volviendo a la cuestión de la inconstitucionalidad de la PCM, si el título habilitante es el artículo 149.1.8.^a CE ello significa que la Constitución quiere que la materia relativa a las obligaciones no sea una competencia exclusiva del Estado, sino una compartida entre el Estado (en lo que sea básico y en lo no básico para las CCAA que no tengan competencias civiles) y las CCAA que puedan legislar en materia civil (en lo que no sea básico). Ello viene a decir que, por hipótesis, el Estado no puede regular las bases de un modo tan detallado que deje a las CCAA competentes sin ámbito alguno para su propia regulación (no básica). Pues bien, este resultado constitucionalmente ilegítimo, es precisamente el que pretende el cambio de título competencial, pues en el campo del artículo 149.1.6.^a CC [sic; CE] esas CCAA carecerán completamente de cualquier poder de autorregulación.

Pero, a mayores, existen otras razones que a mi juicio avalan a [sic] inconstitucionalidad de esta PCM. Estimo que esta Propuesta es además inconstitucional porque, por más que se empeñe su Exposición de Motivos, el legislador ordinario (estatal o autonómico) no es quien ni para cambiar un título competencial establecido en la Constitución –como he tratado de explicar–, ni tampoco para definir a su arbitrio lo que es uno u otro título competencial, en este caso, la materia mercantil; [...], añadiendo a continuación esa misma sentencia de 2007 [STC 247/2007], que “En definitiva, dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional”, pues “al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad [...].

En definitiva, y como resumen de lo dicho hasta aquí, considero que las normas básicas en materia de obligaciones contractuales son, según el tenor literal de la Constitución española, legislación civil y están atribuidas a la competencia exclusiva del Estado por la vía del artículo 149.1.8.ª CE. Que la delimitación de lo que sea o no básico no resulte fácil de hacer y que existan zonas grises en las que resulte discutible la competencia estatal o autonómica derivada de la pluralidad de legislaciones civiles existentes y constitucionalmente reconocidas en España, no es razón legítima para que el legislador estatal huya de las exigencias constitucionales, tratando de cortar por lo sano, esto es cambiando de título competencial y declarando unilateralmente buena parte de la materia contractual básica como mercantil para así autoconcederse determinado poder normativo exento de dudas que es, precisamente, lo que hace esta PCM»³⁵⁹.

[145] Por último, en la línea de la exploración de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.º CE) se manifiesta Oliva Blázquez (julio-septiembre, 2014), quien, entre otras cosas, también comenta la idea de la unidad de mercado y sus implicaciones para el Derecho civil autonómico, y recuerda la existencia de la PMCC.

A) «¿Qué es lo que ha cambiado para que ahora se opte por fortalecer aún más si cabe la división entre la contratación civil y la mercantil? Pues como todo el mundo sabe, el principio de la “unidad de mercado”, que se repite como un sagrado mantra en la Exposición de Motivos del Código Mercantil [...], exige que parte de la teoría general de las obligaciones y contratos pase al Código Mercantil, quedando la materia, al tratarse de legislación mercantil de competencia estatal (art. 149.1.6.º CE), blindada frente a las posibles ofensas del Derecho civil autonómico [...]. Y para evitar

³⁵⁹ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) pp. 17-20.

Con posterioridad, la autora informa y manifiesta: «Frente a este argumento que ya he tenido ocasión de exponer en otros lugares, algunos reputados colegas que avalan el APCM y avalan asimismo su constitucionalidad oponen la tesis según la cual el artículo 149.1.8.ª CE estaría referido únicamente a las bases de las obligaciones contractuales civiles, mientras que las obligaciones contractuales mercantiles, en lo básico y en lo no básico, estarían recogidas en el artículo 149.1.6.ª CE, de suerte que ambos títulos configurarían dos materias diversas y totalmente separadas, sin punto secante alguno; se llega incluso a afirmar que el Derecho mercantil es un sub-ordenamiento diferenciado dentro del Derecho privado, diferenciación que además vendría impuesta por la Constitución (tesis defendida con ahínco por C. Alonso Ledesma)/[...]. No tiene sentido, por otro lado, mantener apriorísticamente que existen unas bases de las obligaciones mercantiles autónomas en el artículo 149.1.6.ª CE; tal cosa solo podría ser si tales bases fueran distintas de las propias de las obligaciones civiles, lo que difícilmente ocurrirá en un sistema económico como el que tenemos, fuertemente globalizado y en el cual la distinción que aquí se quiere maximizar en la mayor parte de los países ni siquiera existe y en aquellos donde lo hace está lleno de zonas grises. En fin, como ya he dicho en otro lugar, la norma sobre obligaciones contractuales, si es básica, habrá de ser una norma civil *ex* artículo 149.1.8.ª CE y, por ello, bajo esta calificación, competencia exclusiva del Estado» [GARCÍA RUBIO, *BMJ* (2015) pp. 15-16]. V. ALONSO LEDESMA (2014) pp. 301-304; también desde p. 299.

algo que, por lo demás, conviene recordar, forma parte –aunque a algunos les pese– de la realidad de la configuración constitucional de las competencias en materia de Derecho Civil (art. 149.1.8.º CE), se fuerza la lógica del sistema y se finge ingenuamente que lo que es Derecho civil general pasa ahora, gracias a las virtudes tautomáticas del legislador, a ser Derecho mercantil. [...].

El precio a pagar por este artificio jurídico no es menor: por un lado, en aras del principio de unidad de mercado se revisa indirectamente el propio concepto histórico del Derecho civil; por otro lado, se pone en tela de juicio la teoría de las relaciones entre el Derecho común o general y el especial; finalmente, se persevera en la duplicación de la teoría general de las obligaciones y contratos, que incluso se expande respecto a la legislación vigente, generando inseguridad jurídica, incertidumbre interpretativa, inflación normativa, etc. Y lo peor es que, mucho nos tememos, todo este despropósito dogmático no va a servir para nada, excepto para complicar aún más las cosas. Como ha indicado TENA [...], [v. *supra* [125] C)].

Creo que habría sido mucho más sensato explorar la vía de las “bases de las obligaciones contractuales” que, como es sabido, son competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.8.º CE y, por consiguiente, sobre ellas no pueden legislar ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil. No se me oculta que el propio concepto de “bases de las obligaciones contractuales” es polémico y provoca incertidumbre, pero como punto de partida contamos con una *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, que tiene en cuenta las nuevas pautas de la contratación recogidas en la CISG, en los PECL, en los PICC así como en las directivas comunitarias sobre la contratación con consumidores, en aras de “buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy”. Por cierto, se trata de un texto cuyas virtudes no deben ser precisamente menores cuando ya está siendo invocado por la Sala Primera del propio Tribunal Supremo con el objeto de ofrecer soluciones modernas a problemas contemporáneos que no fueron previstos en los códigos decimonónicos»³⁶⁰.

4.6.3 LOS DERECHOS COMÚN (GENERAL) Y ESPECIAL, Y EL DERECHO MERCANTIL DE LA PCM1.^a/PCM2.^a (ACM)

[146] En 1949 De Castro explicaba: «La distinción entre Derecho *común* y Derecho especial se basa no en el alcance territorial de las normas, sino en la distinta amplitud de contenido de las disposiciones que las contengan; el Derecho común será el conjunto de disposiciones destinadas a reglamentar la vida social conside-

³⁶⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 58-60.

rada en su totalidad, y se llama Derecho especial al que contiene normas que regulan sólo una institución o una serie de relaciones determinadas, o sea, las que tienen por fin una regulación parcial (se autolimitan)» (cursiva nuestra)³⁶¹.

Añadía: «En nuestro Derecho privado vigente es necesario distinguir, en base a estos conceptos, tres tipos de disposiciones:/ a) Derecho común, constituido por las normas del Código civil, en cuanto contiene los principios básicos de la organización jurídica civil de España (art. 16 C. C., 2, 50 C. de C.)./ b) Derecho especial de aplicación general a todo el territorio, constituido por [...], la legislación mercantil (arts. 2 y 50 C. de C.) y, [...]; en cuanto se refieren a unas determinadas relaciones y tienen el carácter de leyes generales./ c) Derecho especial de aplicación local, constituido [sic] fundamentalmente por el Derecho foral, que carece tanto de valor común por su contenido, como de aplicación general por su limitación territorial./ Las disposiciones de un Derecho especial son de aplicación preferente (dentro de su materia) a las del Derecho común; las deficiencias de las normas contenidas en los Derechos especiales –de aplicación general o local– serán suplidas por las disposiciones y por los principios del Derecho común (art. 16 C. C., 2, 50 C. de C., [...])»³⁶².

[147] Recordado lo anterior, a la PCM1.^a/PCM2.^a (al ACM) se le objeta *su amplitud en la regulación de las obligaciones y de los contratos*, siendo Derecho especial. *Formalmente* el proyectado Código Mercantil es Derecho especial; *materialmente* es Derecho general.³⁶³ Además, si el Derecho mercantil es Derecho especial, el

³⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, tomo I (1949) 2.^a ed. p. 101.

³⁶² DE CASTRO Y BRAVO, tomo I (1949) 2.^a ed. pp. 101-102.

³⁶³ En 2012, ESCARTÍN IPIENS ya señalaba: «[...] / Es decir, gran parte del Código de Comercio ha quedado como un texto residual, vacío de contenido. Para subsanar estas carencias, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación elaboró “una propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad” [...]. Por Orden Ministerial de 7 de noviembre del 2006, se encargó a dicha Sección la redacción de un nuevo Código Mercantil. De momento la Sección acometió un amplio plan de trabajo, estructurando un índice de materias que en conjunto suponen un texto en torno a los 1750 artículos, divididos en siete libros, a saber: 1. El Empresario y la Empresa. 2. Las Sociedades mercantiles; 3. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial; 4. De las obligaciones y Contratos mercantiles en general; 5. De los contratos mercantiles en particular; 6. Valores e instrumentos de Crédito y Pago; y 7. Prescripción y Caducidad. Las ponencias y deliberaciones de la Sección Mercantil tienen ya realizada una buena parte de su trabajo. Pero su materialización en un Texto legal plantea serias dudas. La dualidad legislativa Derecho Civil– Derecho Mercantil está ya superada en la mayor parte del Derecho comparado, pues obedecía a razones históricas. *Siendo fundamental la aportación que ha realizado el Derecho Mercantil al Derecho de Contratos, resulta, no obstante, poco defendible, generalizar un Derecho Especial de los Comerciantes a la categoría de Derecho General de todos los ciudadanos* [esta cursiva, negrita en el original]. En esta materia es preciso mirar al futuro sin prejuicios, aprovechar las indudables experiencias que aporta el Derecho Mercantil, pero hay que convencer a los reductos universitarios y académicos,

mismo no ha de repetir normas del Derecho general del Código civil.

[148] En esta línea, Gómez Pomar (19.07.2013) compara la amplitud de los tipos contractuales regulados en la PCM1.^a/PCM2.^a, con lo que sucede en otros códigos de nuestro entorno cultural. El autor señala lo insólito de ello, siendo algo desconocido en nuestro entorno cultural. Por otro lado y en su opinión, *hoy*, además, ha de cambiarse la perspectiva de lo que es el régimen *común o general*. Hoy, el Derecho común o general es el de las relaciones B2C y B2B.

A) «[...]. El vigente Código de Comercio procede a realizar una delimitación contrato a contrato (compraventa, comisión, préstamo, etc.) y no global para todos los contratos o el conjunto de normativa mercantil. La PCM opta por un criterio de la máxima generalidad para toda la materia contractual. Cualquier acto o contrato en que intervenga un operador de mercado (y son operadores de mercado todos los sujetos, naturales o colectivos, que realizan actividades para el mercado, incluyendo las agrícolas, artesanales y profesionales) aunque la contraparte no lo sea, es automática (art. 001-4.1a) PCM) e imperativamente (art. 411-1 PCM) considerado mercantil y sujeto a la PCM.

A ello se añade la inclusión de normativa contractual contenida en la PCM con una amplitud, intensidad y autosuficiencia que es insólita y rigurosamente desconocida en cualquier código de nuestro entorno cultural (Francia o Alemania, por poner dos ejemplos señeros; es bien sabido que Italia optó desde hace mucho por código único de derecho privado). Así, se incluye una parte general de obligaciones y contratos con materias tales como forma del contrato, extinción del contrato, incumplimiento contractual y remedios, etc. Por otra parte, no se contiene ninguna referencia a la regulación “civil” o “general” (la PCM sigue denominando a su normativa como “especial” sin embargo) al contrario de lo que encontramos en el HGB o en el UGB (o en el Código de Comercio español, sin ir más lejos) donde las referencias al régimen común son constantes y la normativa “mercantil” se limita esencialmente a señalar un puñado de soluciones discrepantes o adaptadas a la contratación empresarial (véase, por ejemplo, § 343 ss. HGB).

A este respecto, el ámbito de la compraventa es muy ilustrativo. Aquí, el HGB cuenta con 8 artículos (§ 373 y ss.) todos ellos con soluciones que se configuran como reglas especiales en cuestiones puntuales y no fundamentales de las del BGB. La PCM, por su parte, dedica 39 artículos a la compraventa mercantil, incluyendo las cuestiones de cumplimiento, incumplimiento, derechos y

en algunos casos muy ligados a los grandes grupos de consultoría y auditoría, para que realicen un diálogo integrador y cooperen en las elaboraciones [sic] de un Derecho contractual unificado y acorde con las exigencias de integración y armonización en un mundo cada vez más globalizado» [(2012) pp. 613-614].

acciones derivados del incumplimiento, hasta con una sección para compraventa mercantil de bienes inmuebles, lo nunca visto³⁶⁴.

En cuanto al número y naturaleza de contratos comprendidos bajo la PCM la expansión es extraordinaria: contrato mercantil de obra, contrato mercantil de servicios, de servicios turísticos³⁶⁵, sobre bienes inmateriales, más todos los financieros y bancarios, de los más importantes a los más oscuros. Semejante extensión contrasta con la contención a los supuestos tradicionales (transporte, depósito, comisión, marítimos) que hallamos en otros códigos mercantiles, tanto añejos (HGB) como recientes (UGB, *Code de Commerce*)»³⁶⁶.

B) «Por otro lado, en el ámbito contractual parece conveniente cambiar la perspectiva en cuanto a cuál ha de ser el régimen común o general. Para el modelo decimonónico, las categorías actuales de B2C, B2B o C2C son rigurosamente ininteligibles. Precisamente porque somos una economía de mercado desarrollada, los contratos C2C no son representativos del conjunto de las transacciones de la economía. Se limitan a ciertos nichos, no marginales, desde luego, pero tampoco sustanciales: compraventa y arrendamiento de inmuebles, compraventa de bienes de segunda mano –algo que la crisis y e-bay impulsan, pero que tiene límites intrínsecos a su magnitud y desarrollo–. En cuanto al C2B solo es relevante socialmente en cuanto al contrato de trabajo, que por distintos motivos está fuera entre nosotros del régimen contractual “privado”.

Por tanto, el Derecho común o general del contrato ha de ser el de las relaciones B2C y B2B. Que el modelo básico sea el uno, con variantes para el otro, o el otro con variantes para el uno, es cuestión muy debatida y para la cual caben sensatamente soluciones distintas (piénsese en los Principios Lando, el DCFR o el CESL). *Pero no parece muy lógico que, por motivos de competencias normativas territoriales, hagamos de lo que debiera ser el Derecho de contratos general el “Derecho de contratos especial de los operadores del mercado”. Todos somos operadores del mercado en una economía capitalista»* (cursiva nuestra)³⁶⁷.

[149] García Rubio (enero-marzo, 2014) centra su crítica, a partir de la consideración de lo que es el Derecho especial, y plantea si la Propuesta de Código Mercantil lo es efectivamente. Entiende que la misma *no* responde al concepto de *Derecho especial*. Apunta, además, la existencia de ciertas contradicciones.

³⁶⁴ Sobre la compraventa de bienes inmuebles en la regulación del Código civil, por ejemplo, TENA PIAZUELO/GALÁN SÁNCHEZ (2014) pp. 213-326, y para la distinción compraventa civil/mercantil en relación con la compraventa inmobiliaria pp. 217-220 y nota 15.

³⁶⁵ Sobre esos contratos, *supra* nota 306.

³⁶⁶ GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2013).

³⁶⁷ GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2013). V. GETE-ALONSO CALERA, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 38.

A) «La razón de ser de la existencia del Derecho especial reside en la voluntad de obtener unos resultados distintos y más adecuados que los que se obtienen con el Derecho general; luego es una pura contradicción sostener que puede existir un Derecho especial donde se repitan las mismas reglas que se recogen en el Derecho general posibilidad que, sin embargo, la PCM admite sin ningún empacho (EM I-32).

Por definición, un Derecho especial lo es en relación con otro, el Derecho general; tiene como características institucionales su insuficiencia y su independencia, lo que se traduce técnicamente en la necesidad de acudir al Derecho general como supletorio cuando sea necesario [...], esto es, precisamente en razón de aquella insuficiencia [...].

La contradicción en la que incurre en este punto la PCM se manifiesta incluso de manera expresa en la Exposición de Motivos al delimitar la materia mercantil; por un lado se incluye en ella a la práctica totalidad de los sujetos y de las materias que actúan en el mercado. Es remarcable cómo el texto (I-11) se muestra orgulloso de incluir en el ámbito de la PCM “ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas” –sin que se expliquen ni esas razones ni las que muestran su superación–, citándose como ejemplos la agricultura, la artesanía, o las propias de profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes se destinen al mercado –¿a dónde, si no?, me pregunto–. Por otro, se dice que la PCM se limita a acotar su propia materia, partiendo de su carácter de Derecho especial (Exposición de motivos I-14), reconociendo en ese punto que “solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes”. Lo que cabe preguntarse entonces es qué sentido tiene esta llamada al Derecho general, una vez que se pretende agotar la práctica totalidad del derecho patrimonial aplicable a las relaciones en el mercado con normas que se dicen expresamente mercantiles»³⁶⁸.

4.6.4 LA POTENCIACIÓN DE LA DUALIDAD CONTRATOS CIVILES/MERCANTILES DEL ACM, FRENTE A LA TENDENCIA UNIFICADORA DE LA REGULACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS

[150] Tal objeción es particularmente desarrollada por Oliva Blázquez (julio-septiembre, 2014). Este autor se refiere a distintos textos en los que se supera la dualidad de regulación contratos civiles/mercantiles; en concreto, se refiere a la CISG³⁶⁹, a los Principios

³⁶⁸ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) pp. 11-12.

³⁶⁹ OLIVA BLÁZQUEZ: «En definitiva, como puede verse, la CISG construye un régimen jurídico uniforme de la compraventa internacional de mercaderías sin necesidad de acudir a las categorías abstractas y poco funcionales de lo mercantil y lo civil» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) p. 43; v. pp. 40-43].

UNIDROIT³⁷⁰, a los PECL³⁷¹, al DCFR³⁷², y al CESL³⁷³. Y en

³⁷⁰ OLIVA BLÁZQUEZ: «Los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (PICC), formulados por Unidroit, establecen con toda claridad en su Preámbulo que sus reglas serán aplicables “a los contratos mercantiles internacionales”. Por lo tanto, los PICC, al contrario que la CISG, parecen optar nítidamente por mantener la *divisio* civil-mercantil, creando un régimen jurídico propio para los contratos internacionales que tengan un carácter comercial./ No obstante, en el comentario oficial al Preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, en tanto que éstos se encuentran generalmente sometidos a leyes especiales que establecen principios imperativos con la intención de proteger a la parte más débil. En definitiva, la restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos “mercantiles” no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter “civil” y “mercantil” de las partes y/o de los negocios jurídicos. [...] / En conclusión, los PICC, a pesar de las apariencias, no han pretendido consagrar la categoría de los contratos mercantiles, dotados de su propio régimen jurídico, como algo separado y diferente del resto de contratos civiles o al consumo.» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 43-44; v. pp. 43-45].

³⁷¹ OLIVA BLÁZQUEZ: «[...] hay que señalar que en los PECL no puede encontrarse rastro alguno de la distinción entre contratos civiles y mercantiles, limitándose el artículo 1:101 a afirmar que su finalidad es la de “ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea”. En el comentario oficial a la norma citada se insiste en la idea de que el propósito de los Principios es el de establecer un sistema de normas de Derecho de contratos para toda la Unión Europea. Por lo tanto, su vocación de convertirse en el Derecho común de todos los contratos privados europeos es clara e indiscutible. En opinión de los profesores Díez-Picazo, Roca y Morales Moreno, el hecho de que los PECL no hayan recibido la doble regulación “contratos civiles-mercantiles” se explica, además de por la razón ya conocida de que se trata de una diferenciación ignorada en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por el hecho de que las diferencias en la regulación general de los contratos, allí donde existe el sistema dualista, “si es que alguna existe, son mínimas”./ Ahora bien, ello no obsta a que los PECL, siendo conscientes de que la condición de profesional de una de las partes puede tener consecuencias puntuales en el ámbito de la relación negocial concluida, contemplen algunas normas especiales en estos casos: [...]. Pero la técnica jurídico-legislativa resulta clara y contundente: se trata de normas especiales y, como tales, se contemplan dentro del régimen general del Derecho de contratos. De esta forma, el sistema mantiene la coherencia sistemática y la lógica interna a la vez que da cabida a realidades especiales que tienen que ser necesariamente contempladas» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 47-48; v. 46-48].

³⁷² OLIVA BLÁZQUEZ: «[...] Como puede verse, al igual que hacían los PECL, no se hace referencia en ningún momento a la calificación civil-mercantil de los contratos, simplemente porque se da por superada, y ni siquiera se toman los redactores la molestia de mencionar explícitamente la cuestión. No obstante, el DCFR contiene una novedad muy importante respecto a los PECL: se incorporan de forma sistemática normas destinadas a proteger al consumidor europeo como parte débil de la contratación. [...] / Bajo nuestro punto de vista, la elección del DCFR ha sido técnica y jurídicamente impecable. [...]» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 49-50; v. 48-50].

³⁷³ OLIVA BLÁZQUEZ: «[...] Así pues, la Propuesta de Reglamento persevera en la necesidad de integrar el derecho contractual de los consumidores en el marco del Derecho general privado, sin necesidad de codificarlo ni de ubicarlo en leyes especiales separadas./ En cualquier caso, la categoría de los contratos mercantiles y civiles, nuevamente, no se contempla de forma ni expresa ni implícita. [...] Pero no hay ninguna duda de que el contenido regulatorio del CESL se corresponde con lo que conocemos como una teoría general de la contratación y de las obligaciones, potencialmente aplicable a cualquier tipo de contrato (civil, mercantil, al consumo, nacional o internacional). Tal y como ha señalado Valpuesta Gastemiza, cuyas palabras suscribimos íntegramente, el CESL contiene un texto único para contratos con empresas y con consumidores que no distingue lo “civil” de lo “mercantil”, ya que la distinción entre “contratos civiles” y “contratos mercantiles”, consagrada en los derechos continentales por los códigos decimonónicos, ya no se mantiene, porque no tiene sentido alguno» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 53-54; v. pp. 52-54].

contra de tal tendencia, resulta que el ACM acentúa la dualidad civil/mercantil. En opinión de Oliva Blázquez, se trata –la del ACM– de una desafortunada opción legislativa.

A) «[...] El camino de mi reflexión es otro: demostrar que la opción legislativa de regular, en este momento, el régimen de las obligaciones y contratos mercantiles resulta muy desafortunada, por tratarse de una elección desfasada y contraria al proceso de modernización y unificación del Derecho contractual privado que está teniendo actualmente lugar en el mundo y, muy especialmente, en Europa.

A nivel europeo e internacional una serie de instrumentos jurídicos de distinta naturaleza (recurriendo a los conocidos anglicismos, *hard law* y *soft law*) nos indican con toda claridad que la superación de la dualidad civil-mercantil en materia de Derecho de los contratos y obligaciones es un hecho consumado y completamente indiscutible. Hoy en día no interesa en absoluto perder el tiempo y las energías en distinguir, con criterios en la mayoría de los casos complejos, discutibles e inseguros, entre contratos de tipo comercial y civil; aún menos justificada está la idea de insistir en una separación inexistente y falaz de una teoría general del contrato y la obligación civil y mercantil. Los textos jurídicos a los que nos referiremos a continuación, que son reflejo del moderno Derecho privado que se está construyendo a lo largo y ancho del globo, se caracterizan por construir una única teoría general de la contratación, aplicable en todo caso y con independencia de quiénes sean sus destinatarios (consumidores, empresarios, pequeños empresarios, ciudadanos sin más calificativos) e incluso, en algunos supuestos, su ámbito de aplicación espacial (nacional o internacional). Un régimen jurídico uniforme que aporta un enorme grado de seguridad jurídica y certidumbre al superar la dispersión y estratificación normativa en función de quiénes sean los sujetos protagonistas del tráfico económico. [...]».³⁷⁴

Adelantando ideas que corresponden al siguiente apartado del trabajo (el 4.7), Oliva Blázquez defiende la regulación *unificada* de las obligaciones contractuales (contratación privada) *en el cuerpo del Código civil*, el cual incluiría normas especiales que aparecen en el Derecho de consumo y en el mercantil (integración coherente y lógica).

A) «4. CONCLUSIONES: EL CAMINO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE LOS CONTRATOS

Los redactores del Proyecto de Código Mercantil, como no podía ser de otra manera, han tenido en cuenta los diferentes instrumentos de unificación del Derecho privado que hemos ido desgarrando [CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL]. [...].

³⁷⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, Julio-Septiembre (2014) pp. 39-40.

Sin embargo, como puede observarse, se hace un uso sesgado de la referencia a estos textos al identificarlos, deliberadamente, con la unificación de reglas aplicables “al tráfico mercantil”, algo que, como hemos visto, no es exactamente así, salvo que se entienda que bajo esta expresión tiene cabida cualquier actividad de contenido patrimonial y económico que pueda afectar al mercado, incluyendo, obviamente, a los contratos al consumo.

Creo que ha quedado suficientemente probado a lo largo de las anteriores páginas que la inclusión de una teoría general de las obligaciones y contratos en un Código Mercantil se aviene muy mal con la tendencia contemporánea reflejada en los diferentes textos normativos que acabamos de reseñar. Centrándonos en el ámbito europeo, en el que necesariamente hemos de ubicar al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, [...]. En ningún momento se ha planteado seriamente la codificación o uniformización exclusiva del Derecho mercantil contractual europeo, sino del Derecho de la contratación privada en general, por entenderse que la división civil-mercantil era algo problemático que había de ser superado.

Todos los instrumentos jurídicos analizados, sin excepción, han acabado estableciendo normas comunes con vocación de ser aplicadas a toda la contratación privada, sin perjuicio de que hayan reconocido disposiciones especiales en función de que el contratante sea un comerciante (B2C) [*sic*] o un consumidor (B2C), con el objeto de responder a la singular situación de uno u otro. Pero todo, repito, se ha hecho dentro de un único cuerpo normativo capaz de garantizar la coherencia y lógica jurídica del sistema, ya que, como ha afirmado acertadamente el profesor Gondra [...]. En consecuencia, puede concluirse que el deseo de codificar un más que discutible Derecho de las obligaciones y contratos mercantiles no puede verse sino como algo completamente desfasado, superado y contrario a los vientos que corren por la Unión Europea. Las contadas normas especiales sobre obligaciones y contratos que aparecen tanto en el Derecho de consumo como en el Derecho mercantil tienen que ser integradas de una forma coherente y lógica en un único cuerpo legal, el Código civil, que refleje la teoría general de la contratación privada».³⁷⁵

4.7 Propuestas de actuación futura

[151] No solo se encuentran observaciones críticas al ACM. También existen propuestas de actuación futura y otras consideraciones sobre la reforma y la modernización de las obligaciones y los contratos (así, Oliva Blázquez, *supra* [150]). Y como de inmediato vamos a ver se ha apuntado: (1) que defendiéndose la necesi-

³⁷⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre (2014) pp. 54-56. Además: «No son precisamente pocos los mercantilistas que, en el marco del actual proceso de construcción del Derecho patrimonial privado uniforme, se han pronunciado abiertamente a favor de la unificación del Derecho de las obligaciones y contratos. Así, [...]. Los hechos han desmentido por completo lo que era un planteamiento, a nuestro modo de ver, más sensato y coherente con el actual» (*op. cit.* pp. 57-58).

ria modernización del Derecho de obligaciones y de contratos, sería oportuno aprovechar el trabajo realizado en la PMCC; (2) lo adecuado que sería que las Secciones civil y mercantil, ambas de la Comisión General de Codificación, colaborasen en la tarea de la modernización del Derecho de las obligaciones y contratos; (3) la conveniencia de contar con un Código único de obligaciones y contratos, con fundamento en las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.^a CE); apuntándose, asimismo, que con dicho código podrían concurrir leyes especiales; e incluso afirmándose que no es necesario un nuevo Código mercantil, siendo más práctico contar con leyes especiales para materias mercantiles; y (4) si se fuera partidario de la dualidad códigos civil/mercantil, que el primero sea el que recoja la regulación general de las obligaciones y contratos, y no el segundo.

[152] Comentando la PAMCCO 2006, Alcalde Silva (2.º semestre, 2011) señala que una racionalización del Derecho privado español consistiría en desplazar toda la parte general de los contratos al Código civil, como hace la PMCC. Recuerda el dato de que en España sus dos Códigos de comercio –el de 1829, el vigente de 1885– hayan precedido en el tiempo al Código civil (1889). Y señala que el futuro Código Mercantil ha de reservarse para conjuntos normativos de aplicación sectorial.

A) «Pese a los méritos dogmáticos que comportan la reforma y actualización de ciertas instituciones, reglas y principios de la contratación mercantil, el procedimiento utilizado para operar tales cambios no parece el más indicado. En efecto, la solución que en mejor modo contribuiría a lograr una racionalización del derecho privado español es el desplazamiento de toda la parte general de los contratos mercantiles al *Código Civil*, como ha hecho la PMCC. De esta forma el *Código de Comercio* (o su sucesor, el Código Mercantil) quedaría integrada sólo por el tratamiento particular de los contratos mercantiles y por las demás materias propias de esta parcela del derecho, que se hallan dotadas de una autonomía tanto formal como sustancial. La tendencia generalizada en la doctrina mercantilista es favorable a esta emigración al *Código Civil* de las reglas especiales nacidas en el tráfico mercantil, algunas con reconocimiento positivo y otras contenidas en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, por considerar que ni son tan especiales como para justificar una sede propia, ni en muchos casos establecen algo distinto a lo preceptuado por el *Código Civil*. Es más, su generalización y objetivación ha hecho que estas mismas reglas hayan sido utilizadas en el ámbito civil e, incluso más, hayan recibido en él un reconocimiento legislativo.

A ello se suma que los contratos mercantiles no constituyen un tipo contractual en sentido propio, pues todas las normas que componen su teoría general están contenidas en el *Código Civil* y, por consiguiente, no dan lugar a un modelo de regulación típico y uni-

forme. En España, la existencia de un título especial con ciertas normas especiales sobre ellos se explica por una razón histórica concreta. Producto de los obstáculos que los derechos forales imponían a la codificación civil, la redacción del primer *Código de Comercio* (1829) [...]. Los veinte artículos que este código dedicaba a los contratos [...] no respondían [...]. Su propósito fue más ambicioso y de mayor alcance, pues consistía en tratar de contrarrestar las inseguridades que para el tráfico comercial suponían el derecho por ese entonces vigente mediante la inclusión en el *Código de Comercio* de normas propiamente civiles. Esas normas, [...], pasaron después al código de 1885 [...], y sólo desde la promulgación del *Código Civil* de 1889 comenzaron a ser vistas como especialidades mercantiles (cuando, en verdad, sólo algunas lo eran, como [...]).³⁷⁶

De ahí que la decisión más coherente con la actual conformación del derecho mercantil fundado en diversos niveles de regulación y racionalización normativa sea disciplinar la teoría general del contrato íntegramente en el *Código civil*, reservando para el *Código de Comercio* (o el futuro Código Mercantil) el tratamiento de distintos conjuntos normativos de aplicación sectorial, esto es, aquellos cuya aplicación se circunscribe a grupos o cadenas de contratos mercantiles que son específicos de determinadas actividades comerciales».³⁷⁷

[153] Gómez Pomar (19.07.2013) apunta la oportunidad de coordinar la PMCC y los libros IV y V del proyectado Código Mercantil. Y recuerda que el Derecho de las obligaciones y de los contratos ya debía haberse modernizado.

A) «Una última y breve referencia es probablemente necesaria para poner en su justa perspectiva el diseño contractual de la PCM. La inacción y la desidia del legislador estatal en materia de Derecho civil patrimonial han sido desde hace tiempo y continúan siendo hoy simplemente pasmosas. No es de extrañar que se ocupe el espacio que se deja vacío durante tantos y tantos años. Acaso lo más fructífero, y realista, a fecha de hoy fuera una consideración coordinada del Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborado por la misma Comisión General de Codificación (aunque por la sección de Derecho civil) y de los Libros IV y V de la PCM, a fin de avanzar la regulación legal de la materia contractual en España, que buena falta hace».³⁷⁸

[154] Junto con otras consideraciones, Albiez Dohrmann (17.10.2013) indica la dificultad de que se abra en el futuro un debate sobre la unificación civil y mercantil de las obligaciones y

³⁷⁶ Por ejemplo, sobre los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, y la compraventa, FENOY PICÓN (1996) pp. 243-247 [154]-[155], pp. 271 ss. [171] ss.

³⁷⁷ ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2.º semestre (2011) pp. 87-89.

³⁷⁸ GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2013).

contratos por razones de agenda política. Apunta (teme) la probabilidad de que se apruebe antes el proyectado Código Mercantil, que el Libro IV de la PMCC. En opinión de Albiez Dohrmann, ha de sacarse adelante la PMCC en primer lugar.

A) «Después de haber concluido la primera etapa con la entrega de la Propuesta de Código mercantil por la Sección Segunda, de Derecho mercantil, de la Comisión General de Codificación al Ministerio de Justicia, empieza una nueva etapa en la que las fuerzas políticas, económicas y sociales deberán debatir el texto, dentro y fuera del Parlamento, para que el texto definitivo responda realmente a las necesidades del mercado. Seguramente por razones de la agenda política va a ser difícil que se abra un debate sobre la unificación civil y mercantil. Me temo también que se va a anteponer la codificación mercantil a la codificación del Libro IV del Código civil en aras de criterios políticos, aunque lo procedente hubiera sido sacar adelante primero la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Quizá se quiere asegurar cuanto antes la unidad del mercado, que se puede lograr [*sic*] más fácilmente con el nuevo Código mercantil que con un nuevo Libro IV del Código Civil. En estos momentos adquiere total certeza la afirmación de VICENT CHULIÁ, según la cual, “razones políticas evidentes, de reforzar el centralismo españolista frente a la presunta proliferación de Derecho civiles autonómicos que podrían irrumpir en la materia mercantil, hace que siga adelante el proyecto de un ‘Código mercantil’, donde cabrá todo”.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico exige una armonía interna que difícilmente se logra si se actúa como lo ha hecho la Sección Mercantil, no teniendo en cuenta muchas novedades normativas del Derecho europeo y comunitario y tampoco la Propuesta civil. Me temo que el Gobierno irá por los mismos senderos que la Sección Mercantil. En aquellas materias que son comunes, como son los contratos, se debería haber trabajado codo a codo con la Sección Civil, sobre todo porque hay una Propuesta civil que comprende todo el Libro IV del Código Civil. Al menos se podría haber exigido al codificador mercantil que hubiera tenido en cuenta la Propuesta civil. En el tema que nos ha ocupado hemos podido comprobar que las disposiciones de la Propuesta mercantil son a veces antagónicas a las contenidas en el texto propuesto por la Sección Civil»³⁷⁹.

[155] Con la mira puesta en la modernización del Derecho patrimonial español, García Rubio (enero-marzo, 2014) considera que lo deseable es contar con un único código sobre las obligaciones y los contratos. Dicho Código sería una ley estatal –Código civil– con fundamento en las bases de las obligaciones contractuales del artículo 149.1.8.^a CE. Con ello, algunas Comunidades Autónomas podrían tener leyes sobre obligaciones y contratos, las cua-

³⁷⁹ ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, núm. 8172, 17.10.2013, p. 13.

les en modo alguno encajarían en las bases de las obligaciones contractuales (de competencia estatal). Recuerda el proceso de modernización del Derecho de obligaciones y contratos del BGB y apunta que la PMCC no ha de desdeñarse como punto de partida.

A) «Numerosas son las razones que apuntan a que en la imprescindible tarea de modernización del Derecho patrimonial español, lo deseable es elaborar un único Código sobre la materia de obligaciones y contratos, donde se refleje la realidad actual y se encauce la futura de manera adecuada a las necesidades del tráfico; una realidad que se caracteriza por la recíproca influencia del Derecho civil y el mercantil tal y como han sido científicamente contruidos, ambos a su vez ahormados por los principios constitucionales y europeos. Un Código que supere lo que GARRIGUES denominó “conflictos fronterizos” del todo estériles y que sitúe al Derecho privado español en la senda de la modernidad, abandonando disputas meramente académicas que recuerdan tiempos demasiado lejanos como para tener nostalgia de ellos. Creo que, en efecto, tal Código ha de ser una ley estatal que encuentra su habilitación competencial en el arts. [sic] 149.1.8.^a CE en aquello que sean normas básicas sobre obligaciones y contratos y por ello, solo puede ser el Código civil. Tal opción permitiría, en efecto, que algunas Comunidades Autónomas legítimamente elaborasen normas relativas a las obligaciones y contratos, las cuales en ningún caso podrían ser “bases de las obligaciones contractuales”, pues esto sí les está constitucionalmente vedado. De hecho, prácticamente todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio tienen normas sobre obligaciones y contratos y las aplican diariamente sin que ello haya sido hasta ahora catastrófico para la sacrosanta “unidad de mercado”; destaco además que algunas de estas normas, como las incluidas en el Fuero Nuevo, llevan varias décadas vigentes y no se ha cuestionado su constitucionalidad.

Con el horizonte de colocar a nuestra legislación en un lugar acorde con las exigencias sociales y económicas del tiempo presente, lo único sensato es que nuestro país no ignore al menos por una vez en su historia, las tendencias y la experiencia del Derecho comparado, especialmente las del Derecho europeo, en su doble acepción de Derecho de la Unión y de Derecho de los países que la conforman. El ejemplo alemán, donde la modernización del BGB se incluyó en la agenda de reformas de trascendencia económica, debería ser, a mi entender, el seguido. Allí se optó sensatamente por modernizar el Derecho de obligaciones y contratos y por atender a las nuevas exigencias impuestas por los contratos celebrados con consumidores y usuarios en el marco de un sistema común y, en lo posible, uniforme. Se tomó conciencia de la importancia jurídica y económica de la tarea y se optó, de modo realista, por reformar el BGB por su carácter señero, vertebrador y básico de toda la materia patrimonial, modernizándolo e integrando en el mismo toda la nueva regulación. Algo similar a lo que deberíamos hacer en nuestro país. El punto de partida que supone la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos presentado por la sección Primera de la Comisión de Codificación en 2009, no debe ser desde-

ñado. Trabajar sobre ella, con los esfuerzos comportados de civilistas, mercantilistas y todos quienes tengan algo que aportar en aras del objetivo común, constituye la tarea pendiente y cada día que pasa, más urgente y más necesaria»³⁸⁰.

Posteriormente (mayo 2015), la autora expone una posición más elaborada sobre cómo entiende que haya de ser el diseño legislativo de la regulación de las obligaciones y contratos. Reiterando que la parte general de las obligaciones y contratos ha de contenerse en un código, indica que ese código ha de superar la distinción civil/mercantil y que, a ser posible, ha de incluir las reglas generales y de derecho privado de protección de los consumidores, disponiendo la coordinación de estas últimas con aquellas otras que quedaren fuera del mentado código. Entiende que un punto de partida útil podría ser la PMCC. Y junto a ese código, García Rubio considera que puede, y hasta deberían concurrir, leyes especiales sobre materias más singulares y cambiantes (así, la protección de los consumidores más relacionada con el Derecho administrativo); admite que también puedan existir otras leyes especiales para ciertos contratos (arrendamientos urbanos, rústicos, préstamo, u otros); y afirma que los tipos básicos de la compraventa, la donación, y del contrato de prestación de servicios deben ubicarse en el nuevo código (civil).

A) «[...]», entiendo que la parte general del Derecho de obligaciones y contratos, así como las reglas generales de los principales tipos contractuales, por su función “principalista”, su carácter informador y su relativa estabilidad, pueden y deben, según nuestra tradición jurídica, estar en un Código; un Código que podría ser de Obligaciones y Contratos siguiendo el modelo suizo, o según lo que considero preferible, ubicarse en la parte correspondiente del Código Civil, al modo del BGB alemán tras su reforma de 2002. Las normas en él incluidas habrán de estar inspiradas en los modelos del moderno Derecho contractual tantas veces mencionados que vienen a conformar un nuevo *ius commune* transnacional, tendrán que superar la diferencia civil/mercantil como hacen esos mismos modelos y, a ser posible, deberán incluir las reglas generales de naturaleza privada –al menos aquellas más estables y generales– de protección de los consumidores, así como establecer las reglas de coordinación con las que queden fuera del Código. [...].³⁸¹

³⁸⁰ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) pp. 25-26.

³⁸¹ (1) El párrafo no transcrito de esos puntos suspensivos es: «No soy nada original al hacer esta propuesta, pues hace más de diez años, el entonces presidente de la Sección Primera CGC, D. Luis Díez-Picazo [*sic*; Díez-Picazo], puso de manifiesto en una conferencia posteriormente publicada en el *Anuario de Derecho Civil* (2003, cf. especialmente la página 1567) cómo fue precisamente D. Aurelio Menéndez, a la sazón Presidente de la Sección de lo Mercantil, quien, con el voto favorable de dicha Sección, propuso una reforma de nuestro Derecho contractual según la cual toda la materia de obligaciones y contratos pasaría a ser objeto del Código Civil. No es fácil entender por qué entre los miembros

En la propuesta que aquí se hace no se trata de partir de la nada, ni de pretender la elaboración *ex novo* de un Código revolucionario al estilo del *Code* francés de 1804, ni del BGB de 1900: ni estamos en el mismo momento histórico, ni se dan las mismas condiciones, ni la codificación tiene hoy las funciones que cumplió en el siglo XIX. Los modelos que pueden servirnos de inspiración son los que son y, con todas sus limitaciones, un punto de partida útil podría ser la Propuesta de Modernización del CC de 2009 preparada por la Sección Primera de la CGC, con los cambios, complementos, reformas o aditamentos que sean precisos, pues al fin y al cabo, como he dicho anteriormente, la PMCC sigue los postulados de la CISG, los Principios Lando, los Principios UNIDROIT y, en definitiva, los textos claves de la moderna contratación.

Con el planteamiento descrito estaríamos ante un verdadero Código en el sentido propio o fuerte del término: un texto jurídico integral, innovador, en el que estarían fijados los principios informadores del sistema jurídico patrimonial, plasmados en este momento, pero con vocación de permanencia. Precisamente por ello y para que el nuevo texto gozase de cierta estabilidad y no sufriera alteraciones y cambios al hilo de cualquier decisión judicial o política o de los impredecibles avatares económicos, con este nuevo Código podrían y hasta deberían concurrir leyes especiales relativas a cuestiones más singulares y cambiantes, como pudieran ser, entre otras, las partes de la protección a los consumidores más relacionadas con el Derecho administrativo y con los aspectos de Derecho privado de índole más coyuntural; podrían existir también leyes especiales para ciertos contratos, como los arrendamientos urbanos o rústicos, el préstamo, u otros que estén más al socaire de la realidad económica; sin embargo, los tipos básicos como la compraventa, la donación o el contrato de servicios deberían estar en el nuevo Código (civil)³⁸².

de la Sección de lo Mercantil se ha mudado tan radicalmente de opinión, apenas transcurrida poco más de una década» [BMJ (2015) p. 22; la autora se refiere al trabajo de L. Díez-Picazo «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003) pp. 1565-1574].

(2) El párrafo de L. Díez-Picazo al que García Rubio se refiere es: «Para contar las cosas tal como fueron, tengo que situar el motor de lo que luego han sido los trabajos de reforma en la sobresaliente personalidad del Presidente de la Sección Tercera –mercantil– el profesor A. Menéndez Menéndez, quien con el voto favorable de la Sección propuso ahora hará unos seis años una reforma que comenzará a aproximar entre nosotros en materia de Derecho de Contratos la legislación civil y mercantil. Según esto, toda materia de obligaciones y contratos pasará a ser objeto del Código civil y el Código de comercio si alguna vez se rehace, contendrá una regulación del Derecho de sociedades, del estatuto jurídico del comerciante o empresario, el Derecho de títulos valores y el Derecho concursal. La propuesta fue empezar por una regulación unitaria del contrato de compraventa para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980. Sin embargo, la Sección de Derecho Civil prefirió, antes de embarcarse en una regulación del contrato de compraventa, empezar por el principio y, como se sabe, cuándo los órganos forman sus voluntades es muy difícil modificarlas. Así pues, a partir de 1995, la Sección empezó por el artículo 1088 del Código civil [...]» [ADC (2003) pp. 1567-1568].

³⁸² GARCÍA RUBIO, BMJ (2015) pp. 21-23. La autora indica: «[...] me interesa resaltar que ese nuevo Código debe contener las “bases de las obligaciones contractuales” mencionadas en el artículo 149.1.8.ª C, las cuales por imperativo constitucional, son de competencia estatal y suponen un límite externo infranqueable por el legislador autonómico» (*op. cit.* p. 23).

Y afirmada la necesidad del nuevo código *civil* de obligaciones y contratos, García Rubio plantea «si la misma necesidad es predicable de un nuevo Código Mercantil. Mi opinión es, en este caso, negativa». La autora entiende que sería más práctico la elaboración progresiva de leyes especiales para materias mercantiles precisadas de actualización y modernización y, tras indicar algunas, apunta la de una ley o código «de contratos mercantiles, pero mercantiles de verdad», sin descartar la opción de la «unificación total de las obligaciones y contratos en un cuerpo legal único».

A) «Presupuesto que sí hace falta un nuevo Código Civil en materia de obligaciones y contratos, sede donde han de quedar claramente establecidas las bases de las obligaciones contractuales, es oportuno preguntarse ahora si la misma necesidad es predicable de un nuevo Código Mercantil. Mi opinión es, en este caso, negativa, fundada en las razones que paso a sintetizar.

[...].

En definitiva, estimo que en el momento actual más que un verdadero Código Mercantil probablemente sería mucho más práctica la elaboración progresiva de varias leyes especiales sobre las distintas materias mercantiles necesitadas de actualización y modernización. Tales podrían ser en principio: una Ley o Estatuto del empresario, donde se podría incluir la regulación del Registro Mercantil; una Ley de Sociedades de técnica similar a la ya existente LSC (no creo que sea mejor llamarla Código, puesto que se modifica continuamente); una Ley o Código (si se quiere) de la propiedad industrial, así como leyes o códigos de Derecho cambiario, marítimo, transporte, y de contratos mercantiles, pero mercantiles de verdad, salvo que se optase por la unificación total de las obligaciones y contratos en un cuerpo legal único, cosa que no se debería descartar»³⁸³.

[156] Y el Grupo ACTUALIZA [enero-marzo, 2014; *supra* nota 352 y [138] A)] señala la oportunidad de reconsiderar si conviene mantener la dualidad Códigos civil/mercantil para las obligaciones y contratos. Y si se entendiere que sí es oportuno, considera que debe deslindarse, con criterios técnicos precisos, la materia general (civil) de la especial (mercantil) con la retirada de la PCM1.^a/PCM2.^a, o con la eliminación de los Libros IV, V y VII de aquella por ordenar materia propia de un Código civil. El Grupo ACTUALIZA considera que lo más adecuado es la modernización de las obligaciones del Código civil siguiendo a la PMCC, y que en ningún caso han de incluirse en un Código mercantil normas sobre prescripción y caducidad. Y para conseguir ese fin de modernización es imprescindible la colaboración entre

³⁸³ GARCÍA RUBIO, *BMJ* (2015) pp. 24-25.

las Secciones civil y mercantil de la Comisión General de Codificación (en una reforma global del Derecho patrimonial). Ha de respetarse el sistema constitucional de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y ha de tenerse en cuenta que la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales corresponde al primero. Lo estructural y lo permanente ha de ir a los Códigos, y lo más contingente y variable a las leyes especiales.

A) «En atención a lo expuesto, el grupo ACTUALIZA hace las siguientes propuestas:

1. Revisar la conveniencia y oportunidad de mantener la dualidad entre el Código civil y el Código mercantil, al menos en lo relativo al Derecho de Obligaciones y Contratos. Si se opta por mantener la diferencia, se debe delimitar con criterios técnicos precisos la materia general o civil, de la especial o mercantil sin subvertir el significado de estos términos. En todo caso, esto conllevaría la retirada del texto de la Propuesta del Código o alternativamente la eliminación de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código civil y no de un Código mercantil.

2. En el caso español lo que parece más adecuado es la modernización del Derecho de obligaciones del Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009. Propuesta que integra las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos de los países más avanzados de nuestro entorno. En ningún caso las normas sobre capacidad de las personas y sobre prescripción y caducidad deben incluirse en un Código mercantil.

3. Para la consecución de este fin, consideramos imprescindible la colaboración de las Secciones de lo Civil y lo Mercantil en la reforma global de un Derecho patrimonial moderno y homologable al de los ordenamientos de nuestro entorno. Dicha reforma habría de ir precedida por serios trabajos preliminares y un amplio diálogo, que si bien técnicamente admite matices, requiere en todo caso respetar el sistema de atribución de competencias entre el Estado y las CCAA establecido en la Constitución.

Cualquier texto legal, incluido el que nos ocupa, ha de tener en cuenta que según la Constitución, las bases de las obligaciones contractuales son materia civil.

4. Se debe seleccionar lo estructural y permanente que ha de ser objeto de la codificación, dejando las leyes especiales para las cuestiones más contingentes y variables, a fin de no perder la idea de centralidad del Código y de su valor como referente para el resto de las normas legales y reglamentarias.

5. En la elaboración de normas de Derecho privado especial la utilización de los conceptos, términos, instituciones y figuras

de Derecho privado general debe hacerse con la necesaria precisión técnica y con rigor sistemático. En consecuencia, resulta imprescindible el trabajo coordinado de las Secciones Civil y Mercantil de la Comisión, a fin de mejorar la regulación de instituciones de tanta trascendencia como, por ejemplo, el Registro Mercantil»³⁸⁴.

4.8 El dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil

[157] En sesión de 29.01.2015, el Consejo de Estado, en pleno y por unanimidad, emitió su dictamen sobre el expediente relativo a un anteproyecto de Ley de Código Mercantil (expediente núm. 837/2014)³⁸⁵. Es un extenso dictamen (338 páginas). Y solo vamos a exponer lo que, en nuestra opinión, interesa a propósito de las materias que del ACM hemos tratado. Podrá comprobarse que las observaciones y las sugerencias del Consejo de Estado se encaminan en la línea de las expuestas observaciones críticas para el ACM (*v.gr.* que no se haya contado con la participación de expertos en legislación civil³⁸⁶).

³⁸⁴ ACTUALIZA, ADC (2014) pp. 224-225. GETE-ALONSO CALERA informa: «En noviembre de 2013, el Grupo de Investigación Actualiza del que formo parte, presentó alegaciones a la Sección de lo Mercantil de la Comisión de Codificación en las que manifestábamos nuestro desacuerdo con la propuesta por lo que, en síntesis es la pretensión de anulación del derecho patrimonial general (el civil) por el especial (el mercantil), en aras al reiterado principio de unidad de mercado» [*Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) p. 34]; «Solicitábamos, entre otras cosas que, a la vista de las razones que exponíamos, se tuviera el sentido común de retirar los libros IV, V y VII, por colisionar con la materia civil, propia de una ley de este carácter. Pese a que se hizo llegar, también, al Ministro de Justicia una copia de las alegaciones presentadas, ha de saberse que, en ningún momento, éste contestó a nuestro escrito» (*op. cit.* p. 35; v. p. 63).

³⁸⁵ «El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen: “En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E. de 31 de julio de 2014 (registro de entrada el 1 de agosto siguiente), el Consejo de Estado en Pleno ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley de Código Mercantil» (*Dictamen del Consejo de Estado sobre el ACM*, núm. 837/2014, p. 1). El Consejo de Estado informa: «Segundo. Contenido del expediente (cursiva, negrita en el original)/ Además del Anteproyecto, la Orden comunicada de V. E. y un índice numerado de documentos, integran el expediente:/ [...] c) Un anteproyecto de Ley de Código Mercantil, elevado a la consideración del Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y cuya estructura, contenido y alcance coinciden, en sus términos generales, con los del texto remitido a dictamen de este Consejo» (*op. cit.*, p. 39, p. 44, respectivamente).

³⁸⁶ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*: «[...]». En todo caso, las que se han acordado en el presente caso reúnen el adecuado nivel de competencia, dedicación, tiempo y reflexión. En ese sentido, este Consejo valora muy positivamente la decisión de encomendar a la correspondiente Sección especializada de la Comisión General de Codificación la preparación del primer borrador del nuevo Código Mercantil, ya que ello ha permitido contar con el necesario elenco de expertos y estudiosos, reunidos en un foro donde se han planteado modernamente diversas iniciativas de índole codificadora respecto de la legislación mercantil./ Sin perjuicio de ello, y en aten-

Los temas, que del dictamen del Consejo de Estado hemos seleccionado, son: (1) la justificación del ACM en la unidad de mercado; (2) la expansión del ámbito de aplicación del Derecho mercantil mediante el concepto de operador del mercado; (3) la relación entre las legislaciones mercantil/civil a propósito del Libro IV del ACM; y (4) la ampliación del campo aplicativo de la compraventa mercantil, comparando con el vigente Derecho.

Aunque hayamos separado esos temas, podrá comprobarse la estrecha interrelación que para el Consejo de Estado tienen. Y lo anterior, sin perjuicio de que ya hayamos hecho alguna referencia al dictamen del Consejo de Estado para otras cuestiones y cuando ha sido menester.

[158] *Sobre la unidad de mercado*, el Consejo de Estado señala que cuando la Constitución Española atribuyó al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil, no cabe entender que tratara de asegurar la unidad del mercado; muy probablemente, el legislador contemplaba la situación preexistente, y lo mismo para la materia civil. El Consejo de Estado entiende que el servicio al mercado único, por parte de la legislación mercantil, ha de hacerse desde los postulados propios de aquélla; y también, que corresponde a otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico colaborar en esa garantía del mercado único desde sus propios postulados. El Consejo de Estado destaca que el servicio a la unidad de mercado debe dejar a salvo las competencias de las Comunidades Autónomas en materia civil según el artículo 149.1.8.^a CE, las cuales no pueden erosionar la competencia estatal exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE).

A) «[...] Dicho en otros términos, las competencias legislativas que corresponden al Estado en relación con la legislación civil y la mercantil contribuyen a asegurar un marco jurídico privado unitario.

Sin embargo, no cabe entender que, al atribuir al Estado la competencia exclusiva en relación con la legislación mercantil (artículo 149, número 1, 6.^a, de la Constitución), el constituyente estaba tratando de asegurar la unidad de mercado, ya que, con toda probabilidad, estaba únicamente contemplando una situación

ción a las consideraciones que posteriormente se desarrollarán a propósito de la mejor inserción del proyectado nuevo Código Mercantil en nuestro ordenamiento jurídico y, muy especialmente, de las relaciones que deben trazarse entre la legislación civil y la mercantil, este Consejo echa en falta que la preparación de ese nuevo Código no haya contado con la participación de expertos en legislación civil, máxime cuando son públicos los valiosos materiales y trabajos que están disponibles al respecto, a los que habrá ulteriores ocasiones de mencionar./ En todo caso, y tal y como se desarrollará en los ulteriores apartados de la presente consulta, este Consejo entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil debe ser todavía objeto de algunas importantes reflexiones. En consecuencia, el referido concurso multidisciplinar tiene todavía posibilidades de llevarse a cabo y contribuirá al mejor fin de la proyectada legislación» (núm. 837/2014, pp. 58-59).

preexistente desde la disciplina del Código de Comercio, al igual que operó en materia civil, reconociendo la competencia legislativa estatal y dejando a salvo las especialidades de los derechos civiles o forales en ciertas Comunidades Autónomas “*allí donde existan*”, añadiendo que, en todo caso, determinadas reglas, como la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos de leyes, eran competencia exclusiva del Estado.

[...].

En todo caso, el servicio a ese mercado único por parte de la legislación mercantil se presta desde los postulados propios de esta última. Por lo tanto, se trata de ofrecer al mercado el conjunto unitario e integrado de normas jurídico-privadas necesario para su funcionamiento eficiente, sin que corresponda, por tanto, a esa legislación abordar extremos ajenos a su ámbito de desenvolvimiento. Por eso mismo, corresponde a otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico colaborar también a esa garantía de un mercado único desde sus propios postulados específicos. De hecho, nuestro ordenamiento jurídico ha asistido recientemente a un decidido impulso por garantizar la unidad del mercado desde perspectivas distintas de la legislación mercantil. El mejor ejemplo de ello lo brinda la Ley de garantía de la unidad de mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre), que, aplicando títulos competenciales a favor del Estado distintos del referido a la legislación mercantil, trata de hacer efectivo el principio de unidad del mercado, entendida, en palabras de su exposición de motivos, como “*un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española*”.

Por último, entiende este Consejo que es necesario enfatizar que el servicio a la unidad de mercado no puede afectar, sino que debe dejar a salvo las ya aludidas competencias que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas en materia de Derecho Civil, en los términos previstos por el artículo 149, 1, 8.^a, de la Constitución) [sic], que no pueden quedar erosionadas por las competencias estatales en relación con la legislación mercantil (artículo 149, 1, 6.^a, de la Constitución)” (cursiva del original)³⁸⁷.

[159] *Sobre la noción de operador del mercado*, el Consejo de Estado señala que el recurso a esa figura, y a su intervención, lleva a que el Anteproyecto de Código Mercantil califique de mercantil actos, sin entrar a considerar si efectivamente conviene tal calificación (algo relevante en obligaciones y contratos mercantiles). Asimismo, el Consejo de Estado se refiere a que para la calificación de mercantilidad, el Anteproyecto de Código Mercantil haya de señalar que el contenido principal de los actos y contratos ha de pertenecer a las actividades económicas o intelectuales del artículo 001-2, o que califique de mercantiles por razón de su objeto o el

³⁸⁷ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 74-75.

mercado en el que se celebren (art. 001-3). Según el Consejo de Estado, ha de revisarse la gran directriz de calificar como mercantiles a un gran número de actos por el hecho de que sea parte un operador del mercado, directriz especialmente desaconsejable por la injustificada extensión de lo mercantil y la grave distorsión que produce en las relaciones legislación general civil/legislación especial mercantil. La orientación del Anteproyecto supone llevar al Derecho mercantil cuestiones y contratos que han sido y son ahora civiles, y no hay datos que justifiquen ese cambio de naturaleza jurídica. En definitiva, el Consejo de Estado entiende que la figura del operador del mercado, tal y como la emplea el Anteproyecto de Código Mercantil, no puede erigirse en criterio delimitador de lo mercantil. El proyectado Código Mercantil ha de centrarse en actos y contratos que expresen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y prestación de servicios.

A) «Esa conclusión tiene que ponerse en relación con el hecho de que el recurso general a la figura del “operador del mercado” lleva al Anteproyecto a calificar de mercantiles los actos que ese operador lleve a cabo, sin entrar en todos los casos a considerar si, a la vista de las características de tales actos, conviene efectivamente aplicarles tal calificación. En ulteriores apartados del presente dictamen y, muy especialmente en los dedicados a las obligaciones y contratos mercantiles, habrá ocasión de comprobar que, al consagrar el Anteproyecto ese concepto de “operador del mercado” y atender, con carácter general, a su mera presencia, se extiende, desmedidamente, el ámbito de la legislación mercantil, que pasaría a aplicarse a ámbitos y relaciones en los que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles.

Frente a tal situación, no está de más recordar que otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico han abordado la delimitación y aplicación de sus previsiones sin tener que consagrar para ello figuras abstractas. Un buen ejemplo de ello se encuentra en el ámbito tributario, [...].

Que el propio Anteproyecto parece ser consciente de las limitaciones de la opción que hace lo revelan, de un lado, las cláusulas complementarias que llevan a incluir el concepto de “operador del mercado” a ciertas realidades (por ejemplo los entes no dotados de personalidad jurídica) sobre la base de que desarrollen actividades de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

Más importante, todavía, a los efectos que se están considerando es el otro pivote sobre el que el Anteproyecto hace girar el ámbito de lo mercantil, como es el hecho de aplicar el régimen del proyectado nuevo Código a los actos y contratos que se califican de “mercantiles”, lo que se hace depender (art. 001-3) de que el “*contenido principal*” de tales actos y contratos pertenezca a las citadas actividades económicas o intelectuales o de que deban ser califica-

dos de mercantiles “*por razón de su objeto o del mercado en que se celebren*”.

El Consejo de Estado entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil tiene que enfatizar este segundo elemento, de modo que su ámbito de aplicación quede acotado a los casos en que se está ante una actividad organizada y profesionalizada de producción o intercambio de bienes o de prestación de servicios para un determinado mercado.

Por lo mismo, debe revisarse otra de las grandes directrices del proyectado nuevo Código Mercantil, cual es la de calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado. Esta directriz es especialmente desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza jurídica y transformarlos en mercantiles. Un ejemplo especialmente gráfico es el de una simple y sencilla compraventa en un establecimiento mercantil, caso paradigmático de compraventa civil que, sin embargo y de seguirse el criterio de atribución de mercantilidad por el solo hecho de que sea parte un operador del mercado, pasaría a convertirse en compraventa mercantil, sin que existan, sin embargo, datos que avalen semejante transformación. Para evitar tal distorsión de los ámbitos civiles y mercantiles, este Consejo entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil tiene que evaluar los elementos subjetivos y objetivos que concurren en los actos y contratos en cuestión a fin de determinar si responden al desarrollo de la aludida actividad organizada y profesional.

En síntesis, estima este Consejo que el modo en que el Anteproyecto introduce y utiliza la figura del “operador del mercado” no puede erigirse en criterio delimitador del ámbito de lo mercantil. Más en concreto, esa figura no puede convertirse en una categoría general y abstracta, cuya sola presencia determine *per se* que se está ante relaciones y actos de naturaleza jurídico-mercantil. En consecuencia, entiende este Consejo que ha de huirse de las contradicciones de utilizar la aludida figura con el alcance y extensión con que lo hace el proyectado nuevo Código Mercantil y que este último debe centrar su ámbito de aplicación en la regulación jurídico-privada de aquellos actos y contratos que, por las partes intervinientes, prestaciones asociadas, y restantes elementos concurrentes, expresen y materialicen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios» (cursiva del original)³⁸⁸.

³⁸⁸ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 84-86. Sigue: «En los ulteriores apartados de estas consideraciones habrá ocasiones de aplicar esa directriz de carácter general a diversas previsiones concretas de la proyectada codificación mercantil y de destacar los efectos perturbadores e indeseados que deriven de predicar naturaleza mercantil de determinadas relaciones y

[160] *A propósito del Libro IV del ACM*, el Consejo de Estado considera que el Estado es competente para disponer en el Código Mercantil disposiciones generales para las obligaciones y contratos mercantiles; pero ello, con los límites de la no incorporación de normas jurídico-públicas, y no llevar a cabo una regulación general de las obligaciones y los contratos con vocación de aplicación general extramuros del Código Mercantil. Y el Anteproyecto –señala el Consejo de Estado– contiene un Derecho mercantil que traspasa sus fronteras, proyectándose sobre ámbitos ajenos. El Consejo de Estado insiste en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada lo más amplia posible en el Código civil; y que el Código Mercantil se limite a aquellas concretas reglas que hayan de ser diferentes, con, en su caso, una remisión a las bases de las obligaciones contractuales del Código civil. En opinión del Consejo de Estado, muchas de las normas del Libro IV del Anteproyecto de Código Mercantil han de ser común a la contratación civil y mercantil. Reconoce que la pretensión de recoger una regulación general y común a todos los contratos mercantiles y a todo el territorio nacional, junto con la frustración de iniciativas para la actualización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, pueden explicar la inclusión en el Libro IV del Anteproyecto de Código Mercantil de normas que pueden extenderse al ámbito civil y al mercantil (luego, no específicas del último). Ahora bien, la correcta técnica normativa y la adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno suponen la ubicación de las normas generales de las obligaciones y contratos en su lugar propio, el Código civil; y limitar el Código Mercantil para las soluciones diferentes o específicas del ámbito mercantil.

A) «En suma, entiende el Consejo de Estado que, en línea de principio, el Estado tiene competencia para establecer en el Código Mercantil las disposiciones generales aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles.

Ahora bien, la afirmación de esa competencia exige tener en cuenta una doble limitación: de un lado, debe mantenerse en el ámbito mercantil sin incorporar normas de naturaleza jurídico-pública que pudieran invadir competencias autonómicas sobre otras materias (además de por la esencia –mercantil– del Código); de otro lado, ha de tratarse de normas cuya aplicación se ciña al ámbito estrictamente mercantil, sin que puedan configurarse como una regulación general de las obligaciones y contratos con vocación de aplicabilidad general, extramuros del Derecho mercantil.

situaciones sobre la sola base de que un “operador del mercado” forme parte de las mismas» (*op. cit.*, p. 86).

Por lo que hace a la primera cuestión (el ámbito privado de la contratación mercantil) [...]./

Y, en relación con la segunda limitación (el ámbito estrictamente mercantil de la contratación), el Anteproyecto refleja un Derecho mercantil que traspasa sus fronteras y se proyecta sobre ámbitos que le son ajenos.

En la quinta consideración de la presente consulta, hubo ya ocasión de destacar que el recurso a la figura del operador del mercado y la atención a su sola presencia como criterio calificador de la naturaleza mercantil de los contratos en los que sea parte conllevaban una desmedida e injustificada extensión del ámbito del Derecho Mercantil, convirtiendo en mercantiles contratos que nada tienen que ver con el ámbito típico y característico de la contratación mercantil.

Todavía en relación con esta cuestión –la aparente invasión del ámbito civil por la regulación proyectada– aunque en relación con otro aspecto, algunos informes incorporados al expediente han advertido sobre la exigencia de que no se ubique en el Código Mercantil la parte general de obligaciones y contratos común al Derecho privado, tanto civil como mercantil.

En la misma línea, las observaciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirman la “*difícil justificación actual de superponer una teoría general del contrato a la del Código Civil*”; y en este mismo sentido se manifiestan diversos informes, con alusiones a distintas regulaciones europeas de derecho privado codificado (como las de Alemania, Italia, Francia u Holanda) en que la parte general del Derecho de los contratos se residencia en los códigos civiles (o, en otros casos, en códigos “comunes” de obligaciones y contratos), mientras que los códigos de comercio recogen la regulación específica de los contratos mercantiles. También se ha invocado, en la misma línea el tratamiento de la cuestión que ha hecho la Comisión General de Codificación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC), si bien aquella propuesta no ha llegado a cristalizar en un texto legal dotado de vigencia.

El Consejo de Estado comparte este parecer, por lo que quiere insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada –lo más amplia posible– en el Código Civil, de forma que el Código Mercantil se limite a precisar aquellas reglas concretas en que el tratamiento mercantil haya de ser necesariamente diferente, y en su caso, con una remisión a las bases de las obligaciones contractuales del Código Civil (advirtiéndose que sólo las bases de las obligaciones contractuales serán necesariamente uniformes, mientras que pueden existir divergencias autonómicas fuera de esas bases, lo que obligaría a una especial atención en las remisiones que al Derecho Civil se hicieran desde el Código Mercantil). En definitiva, el Derecho privado común en materia de obligaciones y contratos debe ubicarse en el Código Civil, mientras que el Código Mercantil debe recoger sólo las reglas especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil.

En apoyo de esta opción cabe invocar, además de razones conceptuales –vinculadas al concepto mismo de Derecho Mercantil–, una simplificación normativa y un cuerpo más uniforme de jurisprudencia en la materia –con las ventajas que ello tiene en términos de seguridad jurídica–, así como una mejor coordinación con los textos europeos orientados a armonizar el derecho privado de la contratación. De este modo, sería más fácil evitar las lagunas, redundancias y discordancias sobre las que se ha llamado la atención en alguno de los informes incorporados al expediente.

En efecto, entiende el Consejo de Estado que muchas de las normas del Libro IV deben ser comunes a la contratación privada, tanto civil como mercantil, por tratarse de soluciones lógicas o acordes con la tradición, los usos o la jurisprudencia, sin que se aprecien razones específicamente vinculadas al tráfico mercantil que aconsejen separarse de las soluciones previstas en el ámbito civil o propias de él. Debe notarse que el hecho de que se incluyan en el Código Mercantil unas normas generales distintas de las recogidas en el Código Civil, o de que se recojan en aquél y no en este, no implica que deban aplicarse fuera del ámbito mercantil y puede determinar diferencias interpretativas que supondrían un efecto perturbador –incluso perverso– y no pretendido. Así, si las normas novedosas del proyectado Libro IV se considerasen aplicables a las relaciones civiles, se produciría una indebida aplicación del Código Mercantil al ámbito civil (produciéndose una especie de colonización del Derecho Civil por el Mercantil); pero si se consideran no aplicables (destacando la diferencia entre uno y otro código y a partir de ella), puede resultar perjudicada la natural evolución del Derecho civil y su tendencia a converger con otros ordenamientos europeos.

A título de ejemplo, piénsese en la nueva regulación de la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, o en las normas reguladoras de los deberes en la fase preparatoria del contrato (artículos 412-1, sobre el deber de confidencialidad, y 412-2, sobre la *culpa in contrahendo*), cuyo origen puede encontrarse en los “*Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando*” (en adelante, PDEC) y, más concretamente, en sus artículos 2:301 y 2:302; más allá de las dudas que puedan suscitarse en torno a la regulación que de unas u otras cuestiones se introduce en el Anteproyecto, la regulación que finalmente se adopte debería ser común para la contratación privada, civil y mercantil y, por tanto, introducirse en el Código Civil (o, en su caso, en un Código unitario de obligaciones y contratos)³⁸⁹. Los ejemplos podrían multiplicarse.

³⁸⁹ (1) Para una comparación entre las regulaciones de la *alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato* del artículo 1213 PMCC, y la *excesiva onerosidad sobrevinida* del artículo 61 PAMCCO 2006 (cfr. art. 416-2 ACM), FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [24]-[25] pp. 1519-1523, [27]-[29] pp. 1524-1527.

(2) *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*: «Por su parte, el artículo 416-2 incluye, bajo el epígrafe “*Excesiva onerosidad del contrato*” una regulación de la que tradicionalmente se conoce como cláusula “*rebus sic stantibus*” Algunos informes incorporados al expediente han criticado la regulación proyectada por entender que rebaja el umbral que la doctrina y la jurisprudencia requieren para su aplicación o por considerar que supone un retroceso respecto de la PMCC y que prescinde de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, dificultando su aplicación y desarrollo.

Así, el hecho de que muchas de las soluciones adoptadas en el Anteproyecto estén inspiradas en la PMCC o en los PDEC revela que no se trata de normas especiales, con soluciones específicas vinculadas al tráfico mercantil, sino de disposiciones con vocación de incorporarse al derecho común y que deberían plasmarse en el Código Civil.

En suma, la cuestión competencial apuntada en relación con el diseño de recoger una regulación general y común en el doble sentido apuntado (común a todos los contratos mercantiles y a todo el ámbito nacional), unida a la frustración de las iniciativas orientadas a una actualización de la regulación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, puede explicar que, en la elaboración de este concreto Anteproyecto, se haya considerado oportuno incorporar al Libro Cuarto un conjunto de normas que, en otro caso, podrían extenderse tanto al ámbito civil como al mercantil (y, por tanto no se configurarían como específicas del ámbito mercantil).

Sin embargo, entiende el Consejo de Estado que una correcta técnica normativa y, sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio –el Código Civil– el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil; y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban reco-

En ese sentido, cabe mencionar las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014, de las que se ha hecho eco este Consejo de Estado [...]./ A partir de todo ello, el Consejo de Estado considera, de un lado, que resulta conveniente la regulación de esta cuestión (puesto que si la jurisprudencia atribuye efectos a la alteración extraordinaria de las circunstancias, es preferible que esos efectos estén, en lo posible, previstos en la ley); de otro, es claro que la jurisprudencia no vincula al legislador, si bien es razonable que éste tenga en cuenta aquella, en cuanto supone la aplicación a casos concretos de los principios propios de nuestro ordenamiento; en fin, debe insistirse de nuevo en lo advertido en la observación general hecha al comienzo de este Libro IV, y en la conveniencia de un marco regulatorio común a todo el derecho privado –civil y mercantil– también en este punto./ Sentado lo anterior, y en relación ya con la concreta regulación proyectada, se sugiere en primer término la modificación del epígrafe que encabeza el artículo (“*Excesiva onerosidad del contrato*”) para que se refiera, más bien, al cambio de circunstancias (“*De la alteración extraordinarias de las circunstancias básicas del contrato*”), se llama el capítulo que regula la cuestión en el PMCC –artículo 1213–). En su apartado 1, se sugiere que en lugar de reconocer el derecho “*a solicitar sin demora la renegociación del contrato*” (nótese que la demora en la solicitud perjudicará al propio solicitante), se reconozca el derecho “*a solicitar la renegociación sin demora del contrato*”./ En el párrafo segundo del mismo apartado 1 (siempre en el artículo 416-2), se dice que si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en fecha determinada “*en los términos que al efecto señale*”. Según la redacción proyectada, cualquiera de las partes puede exigir la extinción del contrato en los términos que señale ella misma, lo que resulta objetable. Si se atiende a lo previsto en el artículo 6:111 de los PDCE de la Comisión Landó [*sic*] –en el que parece inspirarse esta solución–, la extinción habría de fijarse en los términos (y fecha) que considere adecuado “*el juez o tribunal*”. Y si lo que se quiere es reconocer un derecho a las partes que se pueda ejercitar sin necesidad de acudir al juez, la extinción que cualquiera de ellas tiene derecho a exigir debe ser referida a fecha y términos razonables, acordes con el equilibrio de las prestaciones u otra formulación análoga» (núm. 837/2014, pp. 222-223).

(3) V. *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 215-216, para los deberes en la fase preparatoria del contrato.

ger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil.

Como se ha indicado, esta solución viene impuesta no sólo por razones conceptuales y para evitar lagunas, redundancias y discordancias entre los códigos de derecho privado, sino con el objetivo de incrementar la seguridad jurídica, por razones de simplificación normativa y jurisprudencial, y para permitir una mejor coordinación con los textos europeos orientados a armonizar el derecho privado de la contratación» (las cursivas del original)³⁹⁰.

[161] *Sobre la determinación de la mercantilidad de la compraventa*, el Consejo de Estado, tras referirse a cómo lo hace el Anteproyecto, recordando el importante papel que la noción de operador del mercado desempeña, destaca el dato de la notable ampliación del ámbito de la compraventa mercantil. Reitera que el objetivo del nuevo Código Mercantil ha de ser el de recoger la regulación jurídico-privada de las actividades profesionales y organizadas de producción e intercambio de bienes y prestación de servicios. Y destaca que mediante el juego de la intervención del operador del mercado y la doctrina de los actos mixtos se subsumen en las reglas mercantiles numerosos supuestos tradicionalmente regidos por el Derecho contractual civil, siendo difícil la identificación de una mercantilidad real (tiene lugar una elevadísima mercantilización del Derecho patrimonial privado, con la disminución de garantías para el particular; y sin perjuicio de la normativa sobre protección de los consumidores). Por tanto, reconociendo lo acertado de sustituir los vigentes artículos 325 y 326 CCO, el Consejo de Estado entiende que debe reconsiderarse profundamente la definición de la compraventa mercantil del artículo 511-1 del Anteproyecto, que implica una desmedida extensión de la legislación mercantil a relaciones contractuales para las que no está justificada la aplicación de condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles.

«A) El artículo 511-1 del Anteproyecto define los criterios de atribución del carácter mercantil [...].

La remisión al artículo 001-3 [que hace el art. 511-1] resulta, cuando menos, equívoca y perturbadora, pues esta disposición establece el carácter mercantil de los contratos “*en que intervenga un operador del mercado sujeto al Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo*”. El primer párrafo del artículo 511-1 no constituye, por tanto, sino una reiteración de lo establecido en el artículo 001-3, en el que no se encuentra la lista de actividades a que se refiere la remisión. No obstante, a la vista

³⁹⁰ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 209-214.

de las explicaciones contenidas en la Exposición de Motivos (apartado VI-28), hay que entender que el artículo 511-1 no pretende sino reemplazar el requisito intencional empleado en el artículo 325 del Código de Comercio (“*con ánimo de lucrarse en la reventa*”) por el criterio subjetivo que acoge la doctrina de los actos mixtos, adoptado con carácter general en el Código, atribuyendo así carácter mercantil a la compraventa realizada en el ejercicio de “*una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales*” o de “*una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado*”, siempre que el comprador o el vendedor sean “operadores del mercado” y, como tales, estén sujetos al Código Mercantil.

Como consecuencia del juego combinado de la noción de “operador del mercado” y del valor que se concede a que tal operador sea parte de un contrato para que éste devenga mercantil, se produce una notable ampliación del ámbito de la compraventa mercantil, una opción legislativa altamente cuestionable por sus consecuencias y por la propia técnica normativa empleada.

En relación con esta última, no puede aquí sino reiterarse lo ya observado en las consideraciones iniciales del presente dictamen sobre los inconvenientes de erigir la figura del “operador del mercado” en una categoría supuestamente aprehensible con carácter general y abstracto y su presencia como un elemento calificador de la mercantilidad del correspondiente contrato, que desvía la atención de que el objetivo del nuevo Código Mercantil es recoger la regulación jurídico-privada de las actividades profesionales y organizadas de producción e intercambio de bienes y prestación de servicios y, más en concreto, de los actos y contratos en que se manifiesta y a través de los que se ejecuta.

En cuanto a las consecuencias concretas de la definición de la mercantilidad de la compraventa que lleva a cabo el Anteproyecto, el juego del criterio subjetivo y de la doctrina de los actos mixtos implicaría la sumisión a las reglas mercantiles de numerosos supuestos tradicionalmente regidos por el Derecho contractual civil y en los que resulta difícil identificar una mercantilidad real: cualquier venta de bienes que un comerciante efectúe a un consumidor, en particular, tendrá esa naturaleza mercantil, con la consiguiente sumisión a un régimen jurídico especial, tradicionalmente concebido para actos y contratos propios de los comerciantes y para el tráfico jurídico estrictamente mercantil. Se opera así, rompiendo con su tradición doctrinal, una elevadísima mercantilización del Derecho patrimonial privado, con las implicaciones constitucionales que ello puede tener, y con la disminución de garantías que –sin perjuicio de la aplicabilidad de la legislación sobre protección del consumidor, que el párrafo segundo del artículo 511-1 se cuida bien de recordar– acarrearía para el particular. Esta superposición a las reglas mercantiles de las normas de protección del consumidor es, a juicio del Consejo de Estado, en sí misma reveladora de la tensión interna que se provoca al someter compraventas “de consumo” a la normativa propiamente comercial.

En consecuencia, entiende el Consejo de Estado que, pese a lo acertado de la decisión de reemplazar la regulación actualmente contenida en los artículos 325 y 326 del Código de Comercio (preceptos que, como viene señalando la más autorizada doctrina, incurren en múltiples contradicciones y han generado una elevada litigiosidad con soluciones jurisprudenciales divergentes), la definición del ámbito de la compraventa mercantil que realiza el artículo 511-1 del Anteproyecto debe ser objeto de una profunda reconsideración, en la medida en que implica una desmedida extensión de la legislación mercantil a relaciones contractuales en las que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles»³⁹¹.

[162] *Sobre la mercantilidad de la compraventa de inmueble*, el Consejo de Estado señala que, rompiendo radicalmente con el artículo 325 CCO, la inclusión en lo mercantil de esa compraventa constituye una importante novedad, teniendo en cuenta sobre todo que el proyectado Código Mercantil se aplicaría a la venta realizada por cualquier operador del mercado en el sentido del artículo 001-2 del Anteproyecto. Lo anterior, le permite recordar consideraciones que ya hizo para el concepto de operador del mercado y sobre la excesiva ampliación del ámbito de la compraventa. El Consejo de Estado recuerda que la unidad de las reglas jurídico mercantiles al servicio de la unidad de mercado no conlleva la ampliación de la legislación mercantil sobre contratos más allá del ámbito que le es propio. También señala que la mercantilidad de la compraventa de inmueble es opción contestada, que se aparta de la tradición normativa y jurisprudencial española, y que no se alinea con el Derecho europeo de contratos (CESL); e indica que en el expediente no se ofrece justificación suficiente de la opción legislativa adoptada (al margen de que el consumidor estaría protegido por su específica legislación). El Consejo de Estado sugiere la seria reconsideración de la oportunidad de la mercantilidad de la compraventa de inmueble.

A) «Rompiendo radicalmente con el artículo 325 del Código de Comercio, [...], el Anteproyecto califica como compraventas mercantiles las compraventas de inmuebles, siempre que reúnan los caracteres de mercantilidad previstos en el artículo 511-1. [...].

La inclusión de la compraventa de bienes inmuebles dentro del ámbito de la regulación mercantil constituye una importante novedad, especialmente si se tiene en cuenta que el futuro Código Mercantil tendría que aplicarse tanto a las ventas de inmuebles entre empresas, en el marco de su actividad económica, como a las que se realicen por cualquier operador del mercado, en el sentido del

³⁹¹ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 244-246.

artículo 001-2 del Código, a un particular o a un consumidor, o a la inversa, siempre que la compraventa se desarrolle en el marco de la actividad propia del citado operador.

Con carácter previo, cabe aquí de nuevo reiterar las observaciones generales realizadas en relación con el empleo del concepto de “operador del mercado” en la delimitación del ámbito personal de aplicación del Código Mercantil y, en particular, las objeciones formuladas en relación con la excesiva ampliación del ámbito de la compraventa mercantil, opciones legislativas cuyos inconvenientes se plasman también en la definición de esta nueva figura de la compraventa mercantil de inmuebles.

La amplitud de la figura ha sido criticada por algunos de los intervinientes en la tramitación del Anteproyecto; el Consejo General del Notariado, por ejemplo, considera que la delimitación de las ventas de inmuebles que deben considerarse mercantiles no es lo suficientemente precisa, por lo que puede generar inseguridad jurídica y chocar con las Comunidades Autónomas que tienen regulación propia (civil, se entiende), y señala que puede “*dar lugar a abusos, por ejemplo por las promotoras inmobiliarias, frente a clientes compradores de viviendas, o vendedores de terrenos*”.

La exposición de motivos del Anteproyecto justifica esta innovadora opción legislativa con la siguiente argumentación: [se transcribe gran parte del núm. VI-33 de la EM del ACM; transcrito *supra* [131] B)].

En la cuarta consideración de la presente consulta (letra C).2) hubo ya ocasión de examinar la relevancia que tiene la legislación mercantil para ofrecer una regulación jurídico-privada unitaria del tráfico. Sin embargo, y como también quedó anteriormente expresado (tercera consideración de este dictamen), la unidad de las reglas jurídico-mercantiles al servicio de la unidad de mercado es cuestión distinta y no comporta la necesidad de ampliar los contornos de la legislación mercantil en materia de contratos más allá del ámbito que le es propio.

Por otra parte, la inclusión de las compraventas de inmuebles en el ámbito de la regulación mercantil, además de ser una opción legislativa contestada, se aparta de la tradición normativa y jurisprudencial española y no se alinea con el Derecho europeo de contratos. Aunque la ya citada propuesta de Reglamento [...] [CESL] no pretende armonizar las normas nacionales sobre compraventas, no puede dejar de mencionarse que regula expresamente una compraventa “mercantil” que descansa en que el vendedor sea un comerciante (art. 7) y limita su ámbito de aplicación a las ventas de bienes muebles (art. 2, apartados h) y k), y considerando 16). En atención a las anteriores consideraciones, y pese a que la posición del consumidor en este tipo de contratos estaría en todo caso protegida por la amplia legislación especial aplicable, en la medida en que el expediente no ofrece una justificación suficiente de esta opción legislativa (la memoria de análisis del impacto normativos [*sic*] del Anteproyecto sólo contiene un párrafo idéntico al de su exposición de motivos arriba reproducido), no puede sino sugerirse

una seria reconsideración de su oportunidad» (cursiva del original)³⁹².

[163] El Consejo de Estado termina su dictamen con unas *consideraciones finales*. Indica: «En suma, entiende este Consejo que deben salvarse las contraindicaciones y problemas que derivan de algunos de los grandes criterios que se han aplicado para estructurar y desarrollar el Anteproyecto, llevando a cabo una revisión del texto preparado para la que pueden avanzarse cuatro grandes criterios que sintetizan las observaciones que se han formulado a lo largo del presente dictamen»³⁹³. El cuarto gran criterio lo dedica el Consejo de Estado a la relación Derecho mercantil/civil. En él, recuerda como en muchas ocasiones –sobre todo para el ámbito de aplicación del proyectado Código Mercantil, y para los contratos– que el Consejo ha llamado la atención sobre la desmedida expansión del Derecho mercantil a costa del civil, algo ineludible de corregir. En materia de contratación, el Consejo de Estado advirtió de la necesaria contención de las normas mercantiles para la no invasión de lo civil, así como que el Código civil haya de seguir siendo el marco en el que se disponga la regulación general común de las obligaciones y contratos de carácter privado; el Código mercantil debe limitarse a las concretas reglas diferentes a las generales del Derecho civil (y sin perjuicio de remisiones específicas consideradas procedentes). Para el Consejo de Estado es necesario que al Derecho mercantil se le siga reconociendo como Derecho mercantil, y lo mismo para el civil, por la conciencia social de cada tiempo y lugar.

A) «4. *Derecho mercantil y civil* [cursiva, negrita en el original]. En muchas ocasiones a lo largo del presente dictamen se ha llamado la atención sobre la desmedida expansión del Derecho mercantil, a costa del Derecho civil, que el texto sometido a consulta supondría y que es ineludible corregir. Sobre ello, se ha insistido, en particular, en dos momentos: al examinar el ámbito de aplicación del Código proyectado y en sede de contratación. Así, por una parte, se ha subrayado la extensión exagerada de la legislación mercantil que deriva, no sólo del amplio concepto de “operador del mercado” que el Código toma como punto de partida, sino también del hecho de que su mera presencia determine el carácter mercantil del acto o relación de que se trate. Por otra parte, en sede de contratación, se ha advertido, desde otra perspectiva –independiente y distinta de la definición del ámbito que recogen los artículos limiares [sic; preliminares] del Anteproyecto–, sobre la necesaria con-

³⁹² *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 253-256.

³⁹³ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, p. 333.

tención de las normas mercantiles, a fin de que no invadan el ámbito propio del Derecho civil, de forma que el Código Civil continúe siendo el marco legal en el que se establezca la regulación general común de las obligaciones y de la contratación privada, mientras que el Código Mercantil debe limitarse a precisar las concretas reglas en que se considere que el tratamiento mercantil ha de ser diferente del establecido con carácter general en el Derecho civil (sin perjuicio de las remisiones específicas que puedan estimarse procedentes).

En fin, se ha advertido a lo largo del dictamen sobre las muy diversas implicaciones que esa extensión del Derecho Mercantil –en la doble dirección apuntada– puede suponer tanto en el orden social, como en el legal e incluso en el plano constitucional –en particular, en razón de la distribución constitucional de competencias–. En suma, evocando un concepto caro a la jurisprudencia constitucional –como es el de garantía institucional–, es necesario que el Derecho mercantil siga siendo reconocible como Derecho mercantil (y que lo mismo suceda con el Derecho Civil); es necesario, en definitiva, preservar la “*imagen maestra*” del Derecho mercantil –y del Derecho Civil– en términos reconocibles para la conciencia social de cada tiempo y lugar» (cursiva del original)³⁹⁴.

[164] García Rubio (mayo 2015) informa de que «siguiendo los criterios del Dictamen del Consejo de Estado, el Ministro de Justicia ha ordenado la creación de la Comisión Mixta Civil/Mercantil compuesta por tres miembros de cada una de las dos respectivas secciones de la CGC; la pretensión es que en ella se haga viable una solución al problema creado por el contenido del APM en la materia que nos viene ocupando siguiendo, más o menos, los criterios señalados por el Dictamen»³⁹⁵.

4.9 El proyectado Libro VI del Código civil de Cataluña (PCCCat.) y la materia de las obligaciones y los contratos

[165] De él hemos dado cuenta en lo que para el trabajo interesaba (así, el pacto de condición resolutoria del art. 621-54 PCCCat.; los correspondientes artículos en los que se incorporaría el art. 18 Directiva 2011/83/UE; etc.). Ahora bien, recién expuesto el debate doctrinal surgido a propósito de la regulación de las obligaciones y

³⁹⁴ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 337-338.

³⁹⁵ Continúa: «Del éxito de la tarea encomendada a esa Comisión mixta depende en gran medida el futuro de nuestro Derecho patrimonial y, con él, no solo el de los profesionales que trabajamos diariamente con el Derecho privado, sino también, lo que es mucho más importante, la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales sujetas a nuestro Derecho. Confíemos pues, por el bien común, en que los integrantes de la citada Comisión mixta sabrán cumplir con la tarea» [GARCÍA RUBIO, *BMJ* (2015) p. 26].

contratos del ACM [PCM1.^a/PCM2.^a] –dualidad/unidad de regulación civil/mercantil; bases de las obligaciones contractuales– resulta oportuno recordar las siguientes consideraciones de Bosch Capdevila, unas de 2009, otras de 2012.

[166] En 2009 y refiriéndose al Derecho civil catalán, el autor señala que con la Ley 29/2002 las instituciones políticas catalanas plasmaron su voluntad *de que el Derecho civil catalán se articulase en un Código*³⁹⁶. Indica que el Derecho civil catalán es un sistema jurídico *completo*, que debe autointegrarse (art. 111-2 CCCat.³⁹⁷); no es un conjunto de excepciones a un pretendido Derecho común. Y por *encerrarse* el Derecho civil catalán en un Código, el autor destaca su característica esencial de «completud».³⁹⁸ Añade que, al margen de la interpretación que al artículo 149.1.8.^a CE se dé (siempre discutida), debe *prevalecer* la idea de «completud» del Código civil³⁹⁹. «Si el código civil no contiene la parte posiblemente más importante, la dedicada a las obligaciones y contratos, el código queda desnaturalizado e incumplirá una de sus principales funciones, como es la de reunir en un cuerpo legal toda la normativa referida a una determinada materia (la civil en nuestro caso)»⁴⁰⁰. «*Mi opinión es, por tanto, que el legislador catalán tiene competencia para elaborar, de una manera completa, el libro sexto de su Código civil*» (cur-siva nuestra).⁴⁰¹

³⁹⁶ Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya (DOGC núm. 3798, de 13 de gener de 2003): (1) Article 1: «*Objecte/L'objecte d'aquesta Llei és establir l'estructura i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya i aprovar-ne el llibre primer*»; (2) Article 2: «*Estructura/El Codi civil de Catalunya s'estructura en sis llibres i les disposicions addicionals, transitòries i finals corresponents*»; (3) Article 3: «*Divisió/ Els llibres que componen el Codi civil de Catalunya són els següents: / a) Llibre primer, relatiu a les disposicions generals, que inclou les disposicions preliminars i la regulació de la prescripció i de la caducitat. / b) Llibre segon, relatiu a la persona i la família, que inclou la regulació de la persona física, les matèries actualment compreses en el Codi de família i les lleis especials d'aquest àmbit. / c) Llibre tercer, relatiu a la persona jurídica, que inclou la regulació de les associacions i de les fundacions. / d) Llibre quart, relatiu a les successions, que inclou la regulació de les matèries contingudes en el Codi de successions per causa de mort i en les altres lleis especials d'aquest àmbit. / e) Llibre cinquè, relatiu als drets reals, que inclou la regulació d'aquesta matèria aprovada pel Parlament. / f) Llibre sisè [letra f] que transcrivim *supra* en nota 173, y el que nos interesa].*

³⁹⁷ Article 111-2 CCCat.: «*Interpretació i integració/ 1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb les principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana. / 2. De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Casació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació.*

³⁹⁸ BOSCH CAPDEVILA (2009) p. 25.

³⁹⁹ BOSCH CAPDEVILA (2009) p. 27.

⁴⁰⁰ BOSCH CAPDEVILA (2009) p. 27.

⁴⁰¹ BOSCH CAPDEVILA (2009) p. 27.

A) Y sobre los contratos mercantiles y el CCCat., el autor apunta:

«Lo que sí constituye un obstáculo o, mejor dicho, un problema de mayor calado para la elaboración de un completo libro sexto dedicado a las obligaciones y contratos, es la dicotomía que todavía subsiste en España entre contratos civiles y contratos mercantiles. Me remito respecto a esta cuestión al excelente trabajo del profesor Martínez Sanz (véase el capítulo 24)⁴⁰². Pero, en cualquier caso, la regulación que de las obligaciones y contratos se hiciera desde Cataluña (inspirada, como decíamos, en unas propuestas europeas que no distinguen entre contratos de una u otra naturaleza) no excluiría su posible aplicación a los contratos mercantiles, en virtud del carácter de derecho común del derecho civil (sea estatal o autonómico); sería una decisión del legislador estatal, en virtud de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.6 CE, al establecer (o mantener) una regulación diferente para la contratación mercantil»⁴⁰³.

[167] En 2012, Bosch se reitera en su opinión⁴⁰⁴. Y además, «[...] sea cual sea el sistema que elija el Gobierno Catalán para llevar a cabo el Libro VI CCCat, los aspectos competenciales no deberían ser un obstáculo. *Cierto es que es competencia del Estado la regulación de las “bases de las obligaciones”, y que sería razonable que, si dichas bases existiesen, el libro VI debería ajustarse*

⁴⁰² BOSCH CAPDEVILA se refiere al trabajo de MARTÍNEZ SANZ titulado «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil - Código de comercio?» (2009) pp. 509-524; sobre la unificación contractual del Derecho civil/Derecho mercantil v. pp. 513-519; v. la nota 5 en pp. 517-518, para los derechos civiles autonómicos y en particular para el Código civil catalán, en la que entre otras cosas, MARTÍNEZ SANZ señala: «Es cierto que las posibilidades de desarrollo del derecho civil autonómico en materia de obligaciones y contratos debieran ser algo menores que en otras parcelas del derecho civil, por las limitaciones competenciales que supone el art. 149.1.8 CE (al reservar al Estado, en todo caso, competencia exclusiva en materia de “bases de las obligaciones contractuales”). Pero no lo es menos que, a través de intersticios se va colando el legislador autonómico en materias tangenciales e incluso básicas del derecho privado-contractual, al amparo de las competencias en materia de consumo. Es igualmente cierto que podría llamar la atención que se opte por la técnica del código en Cataluña, cuando el mismo va a resultar forzosamente incompleto (por las razones competenciales ya mencionadas) y, además, en un momento en que parece caminar –siquiera, como hemos visto, con vacilaciones y sombras– hacia la unificación europea»; y para los contratos con consumidores y su calificación civil/mercantil, v. *op. cit.* pp. 520-524, en particular a partir de la p. 522, cuando se había publicado la PAMCCO 2006.

⁴⁰³ BOSCH CAPDEVILA (2009) p. 28; el autor indica que «la elaboración del libro sexto CCCat debería en mi opinión seguir un ritmo mucho más lento que el que se ha seguido respecto a los libros anteriores, por varias razones», que a continuación indica (*op. cit.*, p. 28; v. pp. 28-29).

⁴⁰⁴ BOSCH CAPDEVILA: «Pero, en cualquier caso, de lo que no cabe duda es que, con las matizaciones apuntadas, un código civil debe procurar recoger todo el derecho civil. Así, el Código Civil de Cataluña debería recoger *toda la materia civil vigente en Cataluña*; de esta manera, cuando en una determinada relación jurídica fuese aplicable, de acuerdo con las correspondientes normas de conflicto, el derecho civil vigente en Cataluña, debería poder acudirse (exclusivamente) al Código Civil de Cataluña para resolver dicha cuestión» [(2012) pp. 26-27].

a ellas. Pero el Estado no ha dictado dichas bases, mientras que sí, en cambio, a nivel europeo, se han formulado diversas propuestas armonizadoras: los Principios de Derecho Contractual Europeo (Principios Lando), el borrador del Marco Común de Referencia, el *Feasibility Study for a future instrument in European Contract Law* [...] [cursiva del original], y, en octubre de 2011, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea. Son ya varias las voces que reclaman que, ante la ausencia de unas bases elaboradas por el Estado español, se utilicen los principios que resultan de las propuestas de derecho contractual europeo. En este sentido, la catedrática de derecho civil y magistrada del Tribunal Supremo, Encarna Roca Trías, acababa su contestación al discurso de ingreso a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del profesor Joan Egea Fernández, el día 27 de octubre de 2011, diciendo textualmente: «[...] cal estar atents a la evolució dels treballs d'un hipotètic Codi civil europeu, que podria constituir les bases de les obligacions a què es refereix la competència de l'art. 149.1.8 CE». Si además tenemos en cuenta que la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión de Codificación Española, concuerda, en muchos aspectos, con las citadas propuestas armonizadoras, no creemos que exista ningún argumento sólido para negar la competencia de la Generalitat de Catalunya para legislar en materia de obligaciones y contratos, respetando las líneas esenciales de dichas propuestas. Y, en cualquier caso, ¿no resulta más razonable que el derecho de obligaciones y contratos vigente en Cataluña se ajuste no a un Código del siglo XIX, sino a unas propuestas del siglo XXI?» [cursivas nuestras con la excepción de la que hemos indicado].⁴⁰⁵

[168] Por último conviene señalar que: (1) según el artículo 1 PCCCat.: «Objecte/ De conformitat amb les articles 3 f) i 6 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, aquesta Llei estableix l'estructura del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, regula el contracte de compravenda i de permuta, la modificació i la incorporació dels contractes regulats en lleis especials i substitueix la Compilació del Dret civil de Catalunya»; (2) que según el artículo 2 PCCCat.: «Estructura del llibre sisè/ El llibre sisè del Codi civil de Catalunya s'estructura, inicialment, en tres títols/ a) Títol I, relatiu a les disposicions generals./ Títol II, relatiu als diferents tipus contractuals./ c) Títol III, relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions» (cursivas nuestras); y (3) que la regula-

⁴⁰⁵ BOSCH CAPDEVILA (2012) pp. 28-29.

ción de la proyectada compraventa del PCCCat. incluye, como se ha visto, a la compraventa con consumidores (*supra* [61] y ss.).

4.10 El artículo 417-2 ACM

4.10.1 SU PRESENTACIÓN Y TENOR LITERAL

[169] Su lejano antecedente es el artículo 63 PAMCCO 2006. Ambos preceptos comparten su tenor literal con la inocua diferencia de que en el artículo 63 PAMCCO 2006 se emplea la locución «a su costa» y en el artículo 417-2.1, la de «a su costo»⁴⁰⁶. El artículo 417-2 ACM se encuentra en el Libro IV del ACM, siendo norma general de las obligaciones y contratos mercantiles, y de derecho dispositivo (art. 411 ACM; *supra* [122], [126]). Tiene tres apartados. En el segundo se dispone la *Nachfrist* y la resolución, y en el tercero, los remedios de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, y de indemnización de daños, para los supuestos de los apartados primero y segundo del artículo 417-2 ACM.

A) Artículo 417-2 ACM: «Remedios del incumplimiento»⁴⁰⁷

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

2. En cualquier supuesto de incumplimiento, la parte perjudicada puede conceder a la otra parte un plazo adicional razonable para que efectúe su cumplimiento. Si transcurrido el plazo adicional el deudor no cumple, aunque su incumplimiento no sea esencial, podrá dar por terminado el contrato.

3. En los dos supuestos anteriores la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender el cumplimiento de su prestación

⁴⁰⁶ Sobre el artículo 63 PAMCCO 2006, FENYOY PICÓN, *ADC* (2011) [86]-[87] p. 1591.

⁴⁰⁷ VERDERA SERVER: «Con un lenguaje peculiar dedica el art. 417-2 [ACM] a los “[r]emedios del incumplimiento”, cuando en realidad se está refiriendo exclusivamente a supuestos de cumplimiento tardío» [(2014) p. 63]. En otro orden de consideraciones, en la regulación de la compraventa mercantil del Libro V del ACM no se emplea el término «remedios», sino la locución «derechos y acciones», lo que GALLEGO considera correcto: «De manera coherente con la regulación de las obligaciones de las partes [vendedor, comprador], la disciplina del incumplimiento cambia también radicalmente. Conforme a los nuevos principios la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye un incumplimiento del mismo que da lugar a la aplicación de un sistema articulado de derechos y acciones, de carácter unitario, que se aplica al incumplimiento de cualesquiera obligaciones. Con buen criterio, el Anteproyecto ha optado por mantener nuestras categorías jurídicas –derechos y acciones– en lugar de acudir a un término –remedios– desprovisto de contenido jurídico» [(2014) p. 362, v. también p. 363; cfr., de la misma autora, *RDM* núm. 287, Enero-Marzo (2013) p. 23; sobre el término remedios, v. las consideraciones de Morales Moreno: en FENYOY PICÓN, *ADC* (2011) nota 15 en pp. 1487-1488].

mientras que la subsanación no se haga efectiva, y conservará el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que la subsanación no pueda evitar» (v. *supra* EM V-4 [123] B), en donde se alude al principio de conservación del contrato)⁴⁰⁸.

[170] El ACM no recoge el artículo 64 PAMCCO 2006, referido al remedio de la resolución, y que regulaba entre otras cosas la resolución por incumplimiento esencial, incumplimiento al que definía⁴⁰⁹.

A) Artículo 64 PAMCCO 2006:

«1. El contrato podrá resolverse si el incumplimiento es esencial. En caso de retraso no esencial podrá resolverse también en los términos previstos en el apartado 2 del artículo anterior [arts. 63 PAMCCO 2006, 417-2 ACM].

Se considera esencial el incumplimiento si a la obligación incumplida se le ha otorgado una importancia decisiva por las partes, o si priva a la parte perjudicada de aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con la función propia del contrato, a menos que la parte que incumple no haya podido prever razonablemente dicho resultado; o cuando determine una injustificada pérdida de confianza sobre el cumplimiento por el deudor de las obligaciones futuras derivadas del mismo contrato./ 2. [...]».

4.10.2 EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 417-2, 2 Y 3, ACM TENIENDO PRESENTE LOS PRECEDENTES ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 66 *BIS*.2.I TRLGDCU Y 1200.I PMCC

[171] De nuevo nos servimos del previo estudio del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU, al que ahora sumamos el del posterior estudio del artículo 1200.I PMCC, para el siguiente análisis exegético del artículo 417-2, 2 y 3, ACM. A diferencia de lo realizado para la PMCC, para la que propusimos añadir un específico artículo que regule la *Nachfrist* considerada en sí misma, así como qué habría de especificarse en el artículo 1200.I PMCC, para el ACM nos limitamos a su mero análisis exegético. La razón de ello es que,

⁴⁰⁸ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*: «El apartado 2 del siguiente artículo 417-2 se sugiere sustituir la expresión “dar por terminado” por “dar por resuelto” o, más sencillamente, “resolver” el contrato (como dice el artículo 1200 de la PMCC). Por otra parte, el artículo 417-2.3 utiliza la conjunción “mientras” con valor temporal, y no con valor de contraposición de dos acciones simultáneas (propio de la locución conjuntiva, “mientras que”), por lo que es recomendable no posponer la conjunción “que”; se propone por tanto modificar la redacción del citado artículo, de forma que diga: “... mientras la subsanación no se haga efectiva...”. [...]» (cursiva del original; núm. 837/2014, p. 224). Sobre el artículo 417-2 ACM, ALONSO LEDESMA (2014) p. 311.

⁴⁰⁹ FENOY PICÓN, ADC (2011) [80]-[83] pp. 1582-1584 (lo que incluye el análisis del art. 1199.I PMCC); ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 72-73.

como desarrollamos en el siguiente apartado 4.10.3, consideramos que estamos ante una materia perteneciente *a las bases de las obligaciones contractuales*; por consiguiente, *ha de regularse en el Código civil y no en uno mercantil*.

En cuanto al análisis del artículo 417, 2 y 3, ACM:

a) El artículo 417-2.2 ACM prescribe que el plazo que el acreedor («la parte perjudicada») pueda fijar («conceder») al deudor («la otra parte») para el cumplimiento ha de ser *razonable*. Tal razonabilidad supone que el deudor ha de contar con que el plazo concedido le permita efectivamente cumplir, según criterios objetivos. [*Supra* [92], [110] a)].

b) El artículo 417-2.2 ACM no trata la cuestión del *plazo adicional insuficiente*. Mi opinión para el artículo 1200.I PMCC [*supra* [110] b)], también la entiendo para el artículo 417-2.2 ACM. Esto es, considero adecuadas la solución de que el plazo se extienda hasta el que fuere razonable sin necesidad de que el acreedor vuelva a requerir el cumplimiento al deudor; y la de si, comunicado el plazo para el cumplimiento, el deudor no lo objeta, al mismo se le tiene por razonable (ambas son válidas opciones legislativas). La decisión de cuál de ellas aplicar, no regulándolo el ACM (ni la PMCC), correspondería a los autores y jueces.

c) El artículo 417-2.2 ACM *no exige para la validez y eficacia* del requerimiento de pago que se haga en *forma determinada*. Hay libertad de forma [*supra* [95], [110] c)].

d) El artículo 417-2.3 ACM *dispone expresamente que mientras el deudor no subsane el incumplimiento, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación, conservando su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios no evitados por la subsanación*. Recordaré que los artículos 66 *bis*.2 TRLGDCU y 1200 PMCC *no ordenan qué sucede durante* la vigencia del plazo adicional –las implicaciones de la *Nachfrist* en sí– y que San Miguel Pradera proponía, como mejora de la PMCC, la incorporación de una norma que regulase la concesión del plazo adicional para el cumplimiento por el acreedor y sus efectos⁴¹⁰. En contraste con ello, el artículo 417-2.3 ACM es buena norma, si bien mejor fórmula jurídica hubiera sido aquella que dispusiere que, *vigente* el plazo adicional razonable para el cumplimiento, el acreedor *no podrá ejercitar* los remedios por incumplimiento *que entren en contradicción con su petición de cumplimiento*. [*Supra* [96], [110] d)].

⁴¹⁰ El artículo 417-2.3 ACM aplica su norma, además, al derecho de subsanación del deudor (art. 417-2.1 ACM), figura esta no regulada en la PMCC. V. FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [56]-[60] pp. 1556-1560.

e) El artículo 417-2.2 ACM *no contempla* la posibilidad de que el acreedor disponga, en su comunicación de concesión de un plazo adicional razonable para el cumplimiento, la resolución automática si resultare que el deudor no cumple (resolución condicionada/subordinada al nuevo incumplimiento del deudor). Pero tal posibilidad es admisible. (*Supra* [97], [110] e)].

f) El artículo 417-2.2 ACM se inicia con «[e]n cualquier supuesto de incumplimiento», locución que permite incluir el supuesto en que el deudor nada hubiera realizado de la prestación obligacional (retraso en el cumplimiento, imposibilidad) y el del cumplimiento defectuoso (falta de conformidad). Para este último –al igual que en el art. 1200.I PMCC– el artículo 417-2.2 ACM *no dispone el límite extremo de la falta de conformidad de escasa importancia*, lo que, en mi entendimiento, hubiera sido deseable [*supra* [111] d)]; y sin perjuicio de lo que para la compraventa mercantil dispone el ACM, de lo que en breve damos cuenta en caja más pequeña en esta misma letra f)].

Ese «[e]n cualquier supuesto de incumplimiento» también permite incluir al (primer) incumplimiento *no esencial* del deudor –cfr. art. 64.1.I segunda regla PAMCCO 2006, *supra* [170]– y al que inicialmente fuera ya *esencial*. El artículo 417-2.2, segunda regla, ACM se sitúa en el momento temporal en que *transcurrió* el plazo adicional para el cumplimiento y el deudor tampoco cumplió, y «*aunque* su incumplimiento no sea esencial», el acreedor puede «dar por terminado el contrato». Ese aunque puede interpretarse como incluso en el caso extremo de que el incumplimiento no fuera esencial, encerrando implícitamente al del incumplimiento inicialmente esencial.

A) Son oportunas nuevas consideraciones sobre la compraventa mercantil del ACM.

B) En la EM del ACM se destaca como rasgo de la resolución por incumplimiento la exigencia de que el incumplimiento haya de ser *esencial*. Y así:

«VI-40. De manera acorde con la regulación de las obligaciones de las partes, cambia también radicalmente la disciplina del incumplimiento presidida por la idea de unificación del sistema aunque con las diferencias que resultan necesarias, *dedicando una atención especial al incumplimiento del vendedor*.

VI-41. Tanto en el caso de incumplimiento por parte del vendedor como del comprador, se autoriza a la parte perjudicada el ejercicio de las acciones y derechos que se le conceden por su sola declaración de voluntad, que tiene carácter recepticio,⁴¹¹ y cumula-

⁴¹¹ Más adelante y en el cuerpo del texto –en la siguiente letra C)– se verá que el artículo 511-16 ACM emplea el verbo y tiempo “podrá”. Según el artículo 64.2 PAMCCO 2006, *no*

tivamente se le permite exigir la indemnización de daños y perjuicios que proceda conforme a la legislación civil y mercantil.

VI-42. *Ni el comprador, ni el vendedor tienen, en caso de incumplimiento un derecho absoluto de elección de los derechos y acciones que se le conceden, sino que su elección está limitada, al objeto de lograr la máxima reciprocidad de intereses y la conservación del contrato en sus términos iniciales. De ahí que la resolución del contrato solo pueda exigirse cuando el incumplimiento tenga carácter esencial»* (cursiva nuestra).

C) Ya en el articulado del ACM, si el vendedor incumple sus obligaciones (arts. 511-2 ACM y ss.; *supra* [82]), el artículo 511-16 ACM enuncia los remedios de los que en principio el comprador puede disponer:

«Derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor

1. Si el vendedor no cumple algunas de sus obligaciones, el comprador podrá, en virtud de la denuncia a que se refiere el artículo 511-12, exigir el vendedor [*sic*] el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes.

2. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil».

El elenco de los remedios indicados en ese apartado 1 del artículo 511-16 ACM se encuentra jerarquizado (se adopta el sistema de la Directiva 1999/44/CE). El comprador, *primero*, debe exigir del vendedor el cumplimiento –con los límites de la imposibilidad, de lo excesivamente oneroso o desproporcionado o si tiene fundadas razones para creer que no se producirá el cumplimiento⁴¹²– y *subsidiariamente* dispondrá de la reducción del precio y de la resolución⁴¹³. La resolución requiere el carácter esencial del incumplimiento. Según el artículo 511-18 ACM:

recogido en el ACM: «La facultad de cualquiera de las partes de resolver el contrato deberá ejercitarse mediante notificación a la otra parte dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que la parte perjudicada tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso./ [...]» (*supra* [170] para el apartado 1 del art. 64 PAMCCO 2006). El artículo 1199.II PMCC opta por el modelo de ejercicio de la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor (*supra* [108] B) para el párrafo I del art. 1199 PMCC). V. FENYO PICÓN, *ADC* (2011) [94]-[99] pp. 1597-1604; para el artículo 64.2 PAMCCO 2006, ALCALDE SILVA, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) pp. 73-74.

⁴¹² Artículo 511-17 ACM: «Cumplimiento del contrato/ 1. El derecho al cumplimiento faculta al comprador a exigir al vendedor que, dentro de un plazo razonable, repare los bienes o los sustituya por otros conformes con el contrato, y a que extinga los derechos o pretensiones de terceros o que entregue otros bienes libres de aquellos, a menos que lo exigido resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado./ 2. La petición de cumplimiento habrá de realizarse al hacer cualquiera de las comunicaciones referentes a la denuncia por la falta de conformidad o de pretensiones de un tercero».

⁴¹³ Lo que implica, como hemos apuntado en el cuerpo del texto, adoptar el sistema jerarquizado de remedios de la Directiva 1999/44/CE. Ello se indica en la EM del ACM, en

«Reducción del precio y resolución del contrato

1. El comprador tendrá derecho a reducir el precio *cuando*, habiendo exigido el cumplimiento del contrato, no hubiera sido ejecutado por el vendedor, dicho incumplimiento resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado o tenga razones fundadas para creer que no se va a producir.

2. *El comprador solo tendrá derecho a la resolución del contrato en las situaciones señaladas en el párrafo anterior si se trata de un incumplimiento esencial»* (cursiva nuestra).

Comparando los artículos 511-18 ACM y 121 *in fine* TRLGDCU –el último dispone que «[I]a resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea *de escasa importancia»* (cursiva nuestra)– y si el ACM se aprobare tal cual está redactado, habría en el Derecho español una importante diferencia de regulación para la resolución en función de la compraventa celebrada; pues el TRLGDCU es de preferente aplicación al ACM (*supra* [119])⁴¹⁴.

Y si es el comprador el que incumple sus obligaciones (arts. 511-13, 513-14; *supra* [82]), la resolución requiere del incumplimiento esencial (aquí no hay un sistema jerarquizado de remedios). Según el artículo 511-23 ACM:

«Resolución del contrato

El vendedor podrá declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones constituye un incumplimiento esencial del contrato».

la que se reconoce la influencia de otros textos jurídicos: «VI-24. Estos objetivos explican que la nueva regulación adopte como modelo, en primer término, la Convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercaderías elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), acordada en Viena en 1980, considerando las resoluciones judiciales que la han interpretado. Así como otros textos no legislativos, pero que expresan la vocación uniforme de este sector del ordenamiento, como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT) [*sic*] o los Principios de Derecho europeo de los contratos./ VI-25. No podía el Código instituir una reglamentación de espaldas a las Directivas comunitarias. Bien es verdad que la mayoría de ellas se han dictado en materia de consumo, pero es forzoso reconocer que, a pesar de ello, contienen el núcleo de un futuro Derecho europeo de contratos, por lo que sus soluciones se han tenido en cuenta al objeto de coordinar el Derecho de la compraventa mercantil con el resto del ordenamiento interno./ VI-26. En particular se ha estimado imprescindible adoptar el sistema incluido en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incorporada al ordenamiento español en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios. Esta medida evitará la coexistencia de sistemas dispares en el seno del ordenamiento español./ VI-27. A consecuencia de todo ello la nueva disciplina consuma una reforma completa del sistema hasta ahora vigente» (cursivas nuestras).

⁴¹⁴ (1) Sobre el incumplimiento de la falta de conformidad no esencial y el de la falta de conformidad de no escasa importancia, FENOY PICÓN, *ADC* (2009) [1] ss. pp. 157 ss.

(2) En la PMCC también se ha dispuesto la ordenación jerárquica de los remedios del comprador de la Directiva 1999/44/CE cuando el vendedor entrega un bien no conforme con el contrato (art. 1485). Y para la resolución, en la PMCC se dispone el límite de la falta de conformidad *de escasa importancia* (art. 1486) (v. núms. XXVII y XXX de la EM de la PMCC).

D) En la antecedente presentación del ACM, indicamos que el régimen jurídico de cada tipo contractual del Libro V se completa con lo dispuesto con carácter general en el Libro IV (núm. VI-8 EM de la ACM; *supra* [133]), a lo que ahora hemos de añadir que con el presupuesto de que *no haya contradicción* entre las regulaciones especial y general (en principio lo especial prevalece). Y en relación con lo expuesto, aquí se encuentra uno de esos supuestos de *no compatibilidad*. En nuestra opinión, ante la entrega de una cosa no conforme con el contrato, o entrega de cosa con derechos o pretensiones de un tercero, el comprador *no* podría utilizar *directamente* la *Nachfrist* y la resolución del artículo 417-2 ACM. No, porque el comprador pueda evitar la jerarquía de remedios de la regulación de la compraventa, pues la vía del artículo 417-2 ACM requiere la previa exigencia del cumplimiento al vendedor, sino porque el comprador solo puede resolver si el incumplimiento es esencial, y en el artículo 417-2 ACM se incluye al no esencial.

En otro orden de consideraciones –pero continuando en la coordinación entre los Libros V y IV del ACM– el Consejo de Estado señala la conveniencia de que se haga expresa referencia en el artículo 511-16 ACM a la posibilidad de que el comprador pueda acudir, ante el incumplimiento del vendedor, a una compraventa de reemplazo, esta contemplada en el artículo 417-4 ACM. Considera que con ello se ofrece al comprador un abanico más claro de las posibles soluciones de las que dispone ante el incumplimiento del vendedor. El Consejo de Estado hace referencia a la importancia de la *solución alternativa* de la operación de reemplazo, frecuentemente más satisfactoria para el comprador que la resolución o la reducción del precio. Ahora bien, en nuestra opinión, si se ha dispuesto la jerarquía de remedios, el comprador *no* podría acudir *directamente* a una operación de reemplazo, que implica acudir a un tercero y *no al vendedor*; y por otro lado, el Consejo de Estado indica que la operación de reemplazo es mejor solución que la resolución, a lo que hay que apuntar que la operación de reemplazo del artículo 417-4 ACM *presupone* la resolución de la relación contractual [pues, la perspectiva del art. 417-4 ACM no es solo la de reconocer legislativamente la posibilidad de la operación de reemplazo, sino la de fijar un mínimo en la cuantía de los daños resarcibles entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo (su diferencia), además de otros daños adicionales]; por otro lado, en la compraventa solo procede la resolución si el incumplimiento fue esencial⁴¹⁵.

⁴¹⁵ (1) Artículo 417-4 ACM: «Operación de reemplazo/ La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazos razonables *después de la resolución del contrato*, en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional» (cur-siva nuestra).

Según el artículo 417-3 ACM: «Recuperación por la parte perjudicada/ En los casos en los que la prestación incumplida tenga un precio corriente en el mercado, la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, así como también el resarcimiento de cualquier daño adicional./ Se considerará como precio corriente en el mercado el generalmente cobrado por las mercancías o servicios contratados en circunstancias semejantes en el lugar en el que el contra-

E) Habiéndonos referido al incumplimiento de las obligaciones del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato, y libre de derechos o pretensiones de tercero, procede referirme al caso en el que el vendedor *no entregue el bien cuando ello le era exigible* (el vendedor no ejecuta nada). ¿Podría el comprador servirse del artículo 417-2 ACM?

Sí, pues en la regulación de la compraventa y para las obligaciones del vendedor, el ACM no se ha ocupado del supuesto de la no entrega. Y no se ha ocupado, aunque en el núm. VI-35 de la EM del ACM se destaque que «[I]a obligación de entrega es ahora una obligación de entregar un bien conforme con el contrato» y aclare que «[d]e otro lado, la referencia al tipo de bien que se incluye en este contexto permite entender que la entrega de cosa diferente de la pactada es ahora un supuesto más de falta de conformidad» (el incumplimiento del *aliud pro alio* se incorpora al de la falta de conformidad)⁴¹⁶; y aunque se indique –ahora en el núm. VI-36 de la EM del ACM– que «[e]l vendedor asume igualmente la obligación de transmitir la propiedad plena del bien. Por ese motivo la obligación de entrega es ahora una obligación de entregar el bien libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato» (*supra* [82]). Gallego informa que el ACM no incluyó los artículos 2.5, 18 y 20 de la Directiva 2011/83/UE – arts. 59 *bis* a), 66 *bis* y 66 *ter* TRLGDCU–, obedeciendo, por un lado, a que «algunas de las cuestiones resulta de aplicación exclusiva a los contratos con consumidores; de otro, en lo relativo a las cuestiones conceptuales, el hecho de que la reforma efectuada en el Texto Refundido no se justifica suficientemente en el contexto de un adecuado entendimiento de nuestro sistema jurídico»⁴¹⁷.

h) Si el deudor no cumple en el plazo adicional, el acreedor «podrá [...] dar por *terminado* el contrato». Técnicamente es más

to debió haberse cumplido. Si no hubiere precio corriente en ese lugar, se tendrá en cuenta el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia».

V. FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [125]-[126] pp. 1631-1634.

(2) Según el Consejo de Estado: «*g) La compraventa de reemplazo* (cursiva, negrita en el original). Como ya se señaló, el artículo 511-16 establece los derechos y acciones que corresponden al comprador en caso de incumplimiento del vendedor, y que son los siguientes: por una parte, podrá exigir el cumplimiento, la reducción del precio o la resolución del contrato y, además, en cualquiera de los casos anteriores, podrá asimismo exigir la indemnización de los daños y perjuicios que proceda conforme a la legislación civil y mercantil./ Este precepto no contempla expresamente la posibilidad de una compraventa de reemplazo, que sin embargo sí sería accesible al comprador en atención a lo dispuesto en el artículo 417-4 del propio Código./ Dada la importancia de esta solución alternativa frente al incumplimiento (muy frecuentemente más satisfactoria para el comprador que la resolución o la reducción del precio) y su extensión en relación con este tipo de contrato (para el que está expresamente previsto en el artículo 75 de la Convención UNCITRAL), sería conveniente hacer referencia expresa en este artículo 511-16 a la posibilidad para el comprador de acudir, en caso de incumplimiento del vendedor, a una compraventa de reemplazo, en los términos previstos en el artículo 417-4, ofreciendo así al comprador, de forma más clara, un abanico lo más claro posible de soluciones para los casos de incumplimiento» (*Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil*, núm. 837/2014, pp. 252-253).

⁴¹⁶ En la PMCC, el *aliud pro alio* se equipara expresamente a la falta de conformidad (art. 1474.II; v. núm. XXI de la EM del PMCC).

⁴¹⁷ GALLEGO (2014) p. 348, v. desde p. 347.

adecuado el término *resolución*, algo que también ha apuntado el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyectado Código Mercantil⁴¹⁸. El artículo 417-2 ACM solo menciona a la resolución *por limitar su regulación* a la *Nachfrist* en su relación con aquella. Pero –igual que para el art. 1200.I PMCC– *finalizado* el plazo adicional razonable para el cumplimiento, el acreedor podrá ejercitar aquel/llos remedio/s por incumplimiento de los que pueda disponer por reunirse sus respectivos requisitos de aplicación.

i) Y un último apunte. El artículo 417-2, segunda frase, ACM indica que el acreedor «*podrá [...] dar por*» resuelto el contrato. En ello se reconoce que el ejercicio de la resolución es mediante declaración de voluntad recepticia [núm. VI-41 de la EM del ACM *supra* en este mismo [171], en letra f) B), y nota 411].

4.10.3 ¿DEBE EL ACM REGULAR CON CARÁCTER GENERAL LA NACHFRIST Y LA RESOLUCIÓN?

[172] Lo he adelantado. No, en mi opinión. Pues, la PMCC también la regula (art. 1200 PMCC) y entiendo que tal figura forma parte de las bases de las obligaciones contractuales (art 148.1.8.^a CE)^{418 bis}. *Distinto es* que la regulación de la PMCC sobre la *Nachfrist* convenga mejorarla, lo que en su momento ya señalamos (*supra* [110] y [111]).

A) En su análisis crítico con el ACM, García Rubio (enero-marzo, 2014) ha señalado, con carácter general, para los Libros IV y V del ACM:

«[...]. Si, en efecto, lo pretendido es regular en este Código mercantil solo las cuestiones fundamentales o básicas, no se sabe muy bien cuál ha sido el criterio de lo fundamental o lo básico que se ha utilizado para discriminar lo que es tal de lo que no lo es. En ningún momento se explican cuáles han sido los elementos tomados en consideración, ni se puede discernir, por ejemplo, por qué el autor o autores de la Propuesta han decidido que es fundamental regular instituciones como la resolución del contrato, pero no la indemnización de daños, o que es básico incluir la responsabilidad precontractual (o, para mejor decir, algunos aspectos de la misma), pero no la pretensión de cumpli-

⁴¹⁸ *Supra* nota 408. Y otros artículos del mismo Capítulo en el que se encuentra el artículo 417-2.2 ACM emplean el término resolución, el de resolver: así, artículos 417-1, 417-3, y 417-4 ACM.

^{418 bis} Cfr. Artículo octavo y núm. X de la PMCC, *supra* [139] A) y B). Sobre las «bases de las obligaciones contractuales», en sus consideraciones sobre el Dictamen del Consejo de Estado sobre el ACM (núm. 837/2014), v. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *Diario La Ley*, núm. 8486, 23.02.2015, pp. 12-14 (núm. 5). Sobre la noción de «bases de las obligaciones contractuales» a fecha de 1989, v. GAYA SICILIA (1989), pp. 93-109, y para el desarrollo y apoyo de su opinión las pp. 124-154; la autora apunta a que la Constitución Española da adecuada cobertura a una futura ley única sobre obligaciones contractuales (v. en particular las pp. 131, 133-135, 140, 144-145, 148, 153-154).

miento, o por qué lo es la modificación e interpretación de los contratos, pero no su invalidez o ineficacia, por citar solo algunos ejemplos.

Incluso cuando decide regular una institución determinada, la PCM es caprichosa, porque frecuentemente no lo hace de manera estructurada y completa, sino, sin explicación aparente, de forma parcial e incompleta; de nuevo cito, a título de ejemplo, la pretendida regulación de los deberes precontractuales y la responsabilidad precontractual (arts. 412-1 y 412-2), donde me pregunto, entre otras cosas, por qué es mercantil el deber de confidencialidad y no lo es, por ejemplo, el de información»⁴¹⁹.

II. EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA RESOLUCIÓN

[173] Corresponde ahora analizar una de las excepciones a la *Nachfrist* y la resolución, la del incumplimiento de la obligación de entrega bajo *término esencial*, incumplimiento que *directamente* faculta al comprador para resolver la relación de compraventa. El artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU la contempla expresamente [*supra* [57] A)]. En el PCCCat., aquella también está presente, aunque no de modo tan directo como en el TRLGDCU. Como vimos (*supra* [64]), el artículo 621-13.3 PCCCat. exceptúa *de la regla* de que si el vendedor no entrega el bien en el tiempo oportuno, el comprador ha de requerirle su entrega en un término adicional adecuado a las circunstancias, *el incumplimiento de la obligación con término de entrega esencial*; a dicho incumplimiento tradicionalmente se le considera incumplimiento esencial, facultando al comprador para la resolución de la relación de compraventa (art. 621-41.1 PCCCat.; interpretación sistemática).

Puesto que en substancia el TRLGDCU y el PCCCat. contemplan la misma excepción a la *Nachfrist* y la resolución, a continuación me centraré en el análisis del artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU, al que iré comparando con la regulación del Código civil (arts. 1100, 1124 CC).

1. EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA POSIBILIDAD DE LA INMEDIATA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL SEGÚN LOS ARTÍCULOS 1124 CC Y 66 *BIS*.2.II TRLGDCU

[174] En la aplicación que de la resolución del artículo 1124 CC hace el Tribunal Supremo, conviene recordar que el incumplimiento de una obligación con término esencial se subsume en la noción

⁴¹⁹ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo (2014) pp. 16-17.

de frustración del fin del contrato y por ello, aquel es *de inmediato* causa de resolución cuyo ejercicio corresponde al acreedor (*supra* [99]). Ejemplo de lo indicado puede encontrarse en la STS, 1.^a, 08.11.2012 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Cendoj, Roj STS 9188/2012) en la que se alude a la STS, 1.^a, de Pleno, 10.09.2012, que *supra* [102] expusimos y que conoció de una venta de inmueble no entregado en plazo al faltar la licencia de primera ocupación.

En cuanto a los hechos de la STS, 1.^a, 08.11.2012, en síntesis, fueron los siguientes. El vendedor (promotor) se retrasó en la entrega de los inmuebles, los que no contaban con licencia de primera ocupación. Según la estipulación contractual 6.^a: «Las fincas objeto de esta compraventa serán entregadas no más tarde de agosto de 2007. No obstante, dicho plazo podrá ser prorrogado por seis meses más, prórroga que desde este momento consiente la parte compradora, sin que ello origine penalización alguna para las partes./ Transcurrido este plazo sin que pueda formalizarse la entrega, el comprador podrá optar por:/ Resolver el contrato, en cuyo caso la vendedora procederá a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales./ Exigir el cumplimiento del contrato. En este supuesto las partes fijarán libremente los nuevos plazos entrega [*sic*]» (FD 1.^o). Como apuntamos, el vendedor se había retrasado en la entrega de los inmuebles, y los compradores demandaron y suplicaron, entre otras cosas, la declaración de resolución de las compraventas celebradas, lo que en todas las instancias se admitió.⁴²⁰ Según el Tribunal Supremo, se había pactado un

⁴²⁰ Más pormenorizadamente: (1) El 26 de marzo de 2007 se celebró compraventa de despacho profesional, plaza de garaje y archivo (contrato privado). Los compradores (C1) demandaron al vendedor suplicando, entre otras cosas, la declaración de resolución de la compraventa, y subsidiariamente, para el solo caso de que no se estimase el anterior pedimento principal, la condena al vendedor a la formalización de la escritura pública de compraventa. La vendedora reconvino y solicitó que se declarase la improcedencia de la resolución y que se condenase a los compradores al cumplimiento del contrato y por ello, al otorgamiento de la correspondiente escritura pública. (2) Al anterior proceso se acumuló otro, en el que otro comprador (C2) había comprado, al mismo vendedor, otro despacho profesional, plaza de garaje, y archivo, el 19 de agosto de 2005. En su demanda, C2 demandó al vendedor, solicitando entre otras cosas que se declarase resuelta la compraventa celebrada, y sólo para el caso en que no se estimase el anterior pedimento principal, que se condenase al vendedor a formalizar la escritura pública. El vendedor reconvino, suplicando entre otras cosas la declaración de la improcedencia de la resolución y la condena al comprador al cumplimiento del contrato de venta y por ello, al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente las demandas e íntegramente desestimó las reconveniones. El vendedor interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, la cual confirmó íntegramente la resolución de instancia. El vendedor interpuso recursos de infracción procesal (que se inadmitió) y de casación, y los tres motivos alegados del último recurso fueron infracción de los artículos 1124, 1258, 1281 y 1283 CC, infracción del artículo 7.1 CC, e infracción del artículo 7.1 CC en relación con los artículos 3.1 y 1124 CC.

término esencial para la obligación de entrega de los inmuebles por lo que, ante su incumplimiento, los compradores *podían resolver* la relación contractual. Lo dice como sigue.

«3. Metodológicamente, las cuestiones planteadas en torno a la dinámica de la resolución contractual, motivo primero del recurso, vienen especialmente vinculadas al marco interpretativo del contrato celebrado, esto es, al alcance dado al pacto o estipulación de la resolución contemplada. En efecto, según quede determinado este alcance el retraso en la entrega y la valoración del incumplimiento tendrán un distinto sentido. De ahí que resulte necesario la búsqueda de la voluntad querida por las partes en la reglamentación contractual, cuestión que constituye un principio básico de la interpretación contractual y que nuestro Código contempla referido a la «intención común de las partes», en el seno del artículo 1281.

[...].

Como puede observarse, conforme a la pauta metodológica señalada, ambas sentencias [SSTS, 1.^a, 18.05.2012 y, de Pleno, 10.09.2012] destacan el prisma prioritario de la interpretación contractual que resulte del plazo o de la obligación de entrega de la cosa, en orden a valorar el posible incumplimiento de la obligación con eje central de la dinámica resolutoria.

En el presente caso, de acuerdo con lo resuelto en ambas instancias, la interpretación de la cláusula dispuesta a tal efecto conduce, desde su sentido literal y sistemático en los contratos celebrados, *a confirmar el carácter esencial del plazo de cumplimiento acordado* [cursiva nuestra]. En este sentido no puede desconocerse que la previsión contractual de la facultad resolutoria, ligada al plazo de entrega, constituye, por sí misma, un claro criterio objetivo de interpretación en orden a la necesidad de ajustar la ejecución de la prestación dentro del espacio temporal “expresamente fijado”. Facultad que, por lo demás, resulta equilibrada en el marco contractual al venir también facultado el vendedor para dicha resolución en caso de incumplimiento de la parte compradora “de cualquiera de las obligaciones de pago” recogidas en la estipulación pertinente (cláusula octava).

En esta línea, la prórroga expresa del plazo (por seis meses) refleja, desde su literalidad, la fijación última acordada para que la prestación pueda considerarse cumplida.

En el plano doctrinal, por tanto, puede afirmarse que el carácter esencial del plazo, bien por disposición expresa de las partes, como en el presente caso, o bien porque se deduzca de las circunstancias del caso en cuestión, se erige en un elemento fundamental del contenido de la prestación que condiciona, en este sentido, el cumplimiento mismo de la obligación, y en consecuencia, el juego resultante de la dinámica resolutoria del contrato; todo ello con independencia de la valoración o trascendencia que se pudiera derivar del propio retraso, en sí mismo considerado, ya respecto del tardío en la ejecución de la prestación, o bien del cumplimiento tardío propiamente dicho. [Cursiva del original].

4. De lo anteriormente señalado se desprende que la configuración del plazo, como término esencial, hace innecesario que se

entre tanto en la valoración de las consecuencias del mero retraso de la prestación, aun cuando éste fuera posible y útil, como en el alcance de la falta de obtención de la licencia de primera ocupación como causa de dicho retraso, pues la vulneración del plazo convenido genera para el acreedor un inmediato derecho o facultad de resolución quedando liberado del vínculo contractual. [...]» (FD 2.º; la negrita del original)⁴²¹.

[175] Y puesto que estamos refiriéndonos al incumplimiento del retardo en la entrega de vivienda, habiendo término esencial, hemos de referirnos al artículo 3 de la Ley 57/1968. De conformidad con él, si el cedente incumple el plazo de inicio de las obras o no entrega la vivienda en el plazo estipulado, el cesionario –en nuestro caso, el comprador– puede optar por la resolución («rescisión»)⁴²² o conceder al cedente una prórroga para la entrega de la vivienda⁴²³.

⁴²¹ De interés estas otras afirmaciones: «Realizadas estas precisiones, conforme a la Sentencia de Pleno citada anteriormente, el carácter esencial o accesorio de la licencia viene determinado por dos criterios preferentes. *El primero de ellos*, como no puede ser de otra forma, *queda determinado por la voluntad de las partes con una estipulación expresa al respecto*. Si bien conviene recordar que el supuesto del plazo investido como término esencial, aunque no haya referencia expresa a la licencia, comporta idénticos efectos, es decir, el incumplimiento del vendedor y la facultad resolutoria del comprador, con independencia que el retraso se deba o no a la obtención de dicha licencia. El segundo de ellos viene determinado *por la propia interpretación del marco contractual celebrado [sic]*. En este sentido, siguiendo la Sentencia de Pleno citada, pese a que no haya pacto expreso al respecto, el carácter esencial de la licencia puede apreciarse “cuando su falta de obtención comporte un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato”. Profundizando en este criterio, y teniendo en cuenta las puntualizaciones realizadas ya en orden al régimen del plazo como término esencial, o bien a la integración de la licencia como elemento natural de la obligación de entrega de la cosa, conforme a la tipicidad contractual de la compraventa, *se puede afirmar también que en el marco de interpretación que brinda este criterio el carácter esencial de la licencia puede venir confirmado a la luz de la trascendencia que dicho hecho haya tenido en la voluntad de las partes y en el fin perseguido por ellas al contratar, cuestión que guarda una estrecha relación cuando “de las condiciones pactadas” se desprenda interpretativamente que el comprador actuó con la finalidad de adquirir el inmueble para su inmediato uso y disfrute según sus características o destino, o para el logro de otros posibles fines o expectativas contractuales*» (cursiva del original; FD 2.º, último párrafo).

⁴²² «La Ley 57/1968, con escaso rigor técnico, habla de rescisión en vez de resolución del contrato. Sin embargo, no estamos ante un caso de rescisión de un contrato sino ante un supuesto claro de resolución por incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, por lo que parece claro que se trata de una imprecisión del legislador. [...]» [ESTRUCH ESTRUCH (2009) nota a pie de página 268 en p. 245]. STS, 1.ª, 05.05.2014 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas; Roj STS 2038/2014): «De la propia redacción del precepto mencionado [art. 3 Ley 57/1968] se deduce que en el artículo se trata de la rescisión (entiéndase resolución) y recoge la posibilidad de que se pueda conceder una prórroga para la terminación de la obra. Se ha de entender como resolución, dado que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1294 C. Civil) y por razones distintas del incumplimiento contractual)» (FD 4.º).

⁴²³ Artículo 3 de la Ley 57/1968: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda./ En contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las

Estruch Estruch ha interpretado que «[...], la Ley 57/1968 configura (legal e imperativamente para el promotor) el momento de inicio de las obras y la fecha de entrega de las viviendas con la correspondiente autorización administrativa para su utilización *como una suerte de término esencial, cuyo incumplimiento autoriza al comprador a instar la resolución del contrato*» (cursiva nuestra); dicho término esencial y legal se establece en beneficio del comprador-consumidor de vivienda y no del promotor-vendedor⁴²⁴.

obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley./ Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente».

⁴²⁴ ESTRUCH ESTRUCH (2009) p. 246. «La Ley [57/1968] no dice en absoluto que no se pueda resolver el contrato si la vivienda está prácticamente acabada o, dicho de otra manera, que únicamente pueda resolverse el contrato en el caso de “la total o práctica inexistencia de la vivienda”. Al contrario, la Ley señala que si la vivienda no se entrega dentro del plazo establecido en el contrato con todas las autorizaciones administrativas necesarias, el comprador que adelantó cantidades anticipadas para su construcción puede resolver el contrato de compraventa./ No establece la Ley un plazo mínimo de retraso en la entrega para poder ejercitar la resolución del contrato, por lo que valdrá cualquier tiempo de retraso, siempre que no se infrinja la buena fe o el comprador realice un uso abusivo de dicho derecho de resolución./ Tampoco establece la Ley que la vivienda deba estar sin construir o a medio hacer para que pueda prosperar la demanda de resolución del comprador, por lo que, dentro de los mismos límites de la buena fe y el abuso de derecho, el comprador podrá instar la resolución del contrato de compraventa siempre que la vivienda no se pueda entregar dentro del plazo establecido en el contrato aunque se encuentre construida. Así, como veremos, el comprador podrá instar la resolución del contrato de compraventa aunque la vivienda se encuentre totalmente terminada y los técnicos ya hubieren emitido el correspondiente certificado final de obra, pero, por el contrario, no se tuviera todavía la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación [artículo 1.1 Ley 57/1968 en relación con los artículos 2.a) y 4)]./ Por lo tanto, la afirmación bastante generalizada de que la fecha de entrega de una vivienda no constituye un término esencial cuyo incumplimiento faculte al comprador para resolver el contrato (puesto que aun en el caso de que la vivienda se entregue con retraso dicha entrega puede continuar satisfaciendo el interés del acreedor) a la vista de lo dispuesto en la Ley 57/1968 debería ser matizada, pues no debe tener aplicación frente al consumidor adquirente de vivienda que ha entregado al promotor-vendedor cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda./ Así, en los casos en que sea de aplicación la Ley 57/1968 porque nos encontremos en presencia de un consumidor adquirente de vivienda que ha entregado cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda, este consumidor podrá resolver el contrato por incumplimiento de los plazos de inicio de las obras o de entrega de las viviendas con las autorizaciones administrativas pertinentes, porque la Ley 57/1968 ha considerado, en beneficio del comprador, que dichos plazos constituyen una especie de términos esenciales y, por lo tanto, aunque la entrega de la vivienda una vez transcurridos los mismos pudiera hipotéticamente continuar satisfaciendo los intereses del comprador, dicha circunstancia no le impedirá, si es que así lo prefiere, instar la resolución del contrato, ni facultará al promotor-vendedor para oponerse a esta resolución manifestando que el retraso es de poca importancia o que la entrega de la vivienda, incluso con retraso, satisfará los intereses del comprador./ Evidentemente, los plazos de inicio de las obras y entrega de las viviendas a los compradores son considerados legalmente como términos esenciales en beneficio exclusivamente de estos compradores, por lo que, evidentemente, no podrá el promotor-vendedor, que es, precisamente, la persona obligada a cumplir dichos plazos, solicitar la resolución del contrato por su incumplimiento» (op. cit. pp. 250-252).

Sobre cláusulas abusivas y retrasos en la finalización de las obras, a efectos de la obligación de entrega de viviendas, LUQUE JIMÉNEZ (2014) pp. 1105-1121 (para su opinión, en particular p. 1111). V. artículos 60.2.d), 85.8 TRLGDCU, 5.5 del RD 515/1989, de 21

Al margen de lo anterior, lo cierto es que el artículo 3 de la Ley 57/1968 es norma especial frente a la general del artículo 1124 CC. Y que la reciente STS, 1.^a, de Pleno, 20.01.2015 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán; El Derecho, EDJ 2015/11445)⁴²⁵ ha señalado: «3.^a) [...] procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014, el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.⁴²⁶/ Lo anterior significa que el artículo 3 de la Ley 57/1968 introduce, en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, *una especialidad consistente en que el*

de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

⁴²⁵ Muy sintéticamente y para lo que interesa, se había estipulado que la entrega de la vivienda, con trastero y dos plazas de garaje (anejos) se entregaría en fecha no posterior al mes de septiembre de 2009, aunque desde ya los compradores se obligaban a conceder un mes más para la fecha de entrega fijada si sucedían ciertas circunstancias. El 22.10.2009, los compradores comunicaron por burofax a la vendedora que, no habiéndose terminado y entregado la vivienda en el plazo convenido, les notificaban su decisión de «rescindir» el contrato. Mediante carta de fecha 18.12.2009, el vendedor comunicó a los compradores la terminación del conjunto residencial, la próxima fecha de obtención de la licencia de primera ocupación y la posibilidad de otorgar la escritura pública en enero de 2010. La licencia de primera ocupación se obtuvo el 18.01.2010. El 20.01.2010, la vendedora remitió a los compradores carta en la que les convocaba a otorgar la escritura pública de compraventa para el próximo 08.02.2010. Los compradores no comparecieron y el vendedor requirió al notario para que les notificara la resolución de la compraventa. El 26.01.2010, los compradores presentaron demanda contra la vendedora, y contra la avalista, suplicando entre otras cosas que se declarase resuelto el contrato por incumplimiento del vendedor. El vendedor contestó pidiendo la desestimación de la demanda «por no constituir incumplimiento contractual el retraso de solamente un mes y medio en la terminación de la vivienda» [FD 2.º3. B); «un retraso de algo más de dos meses en la entrega de la obra»: FD 4.º1. Apartado 2.º]; y reconvinó pidiendo, entre otras cosas, la declaración de ser ajustada a derecho la resolución que él instó. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de los compradores y estimó en parte la reconvencción del vendedor, declarando resuelta la compraventa por incumplimiento de los compradores, además de otros aspectos. La sentencia de segunda instancia estimó la demanda inicial de los compradores y desestimó la reconvencción; declaró resuelto el contrato por incumplimiento del vendedor (señaló que no se habían cumplido los requisitos que habrían obligado a los compradores a conceder un mes más para el plazo de entrega). El vendedor recurrió en casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por interés casacional. V. FD 2.º

⁴²⁶ «Es determinante para la solución de la presente cuestión que el comprador requiere de resolución al vendedor cuando la vivienda estaba terminada y en disposición de ser entregada. Es decir, cuando el vendedor es requerido de resolución la vivienda estaba físicamente terminada y con licencia de primera ocupación [...], por lo que la resolución no podía plantearse por el comprador una vez que la vivienda estaba terminada y en disposición de ser entregada, habiendo requerido previamente el vendedor para la consumación del contrato./ La compradora debió optar entre la resolución o la prórroga del contrato y cuando opta, la vendedora ya estaba en condiciones de entregar la vivienda, es decir, el contrato había sido cumplido por la vendedora [...]» (FD 5.º de la STS, 1.^a, 05.05.2014; Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas; Cendoj, Roj STS 2038/2014).

retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante./[...]» (cursiva nuestra, FD 6.^º)⁴²⁷.

[176] *A modo de conclusión.*—Comparando la aplicación del Tribunal Supremo sobre la resolución del artículo 1124 CC y el incumplimiento de la obligación bajo término esencial (*supra* [174]), con lo dispuesto en el artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU —que el incumplimiento de la obligación de entrega con término esencial permite *de inmediato* proceder a la resolución de la compraventa, por el consumidor— hay que afirmar que la regla del segundo *no supone una novedad normativa*. Ambos artículos —1124 CC y 66 *bis*.2.II TRLGDCU— conducen a la misma solución para el mismo supuesto de hecho. *Ahora bien, sí que es novedad normativa* que sea la ley —el artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU— la que *expresamente* disponga que el incumplimiento del término esencial permite la inmediata resolución de la relación de compraventa. Pues, el artículo 1124 CC nada indica sobre el incumplimiento de la obligación con término esencial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la que se ha encargado de desenvolver su tratamiento jurídico.

2. LOS TIPOS DE TÉRMINOS ESENCIALES: EL EXPRESAMENTE PACTADO Y EL DEDUCIDO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

[177] El artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU incluye dos términos esenciales. Uno se determina «a la vista de todas las circunstancias

⁴²⁷ Y en el FD 7.º de la STS, 1.ª, 20.01.2015: «La doctrina que se sienta en la presente sentencia no excluye que la “rescisión” o la resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador./ Sin embargo, esas excepciones no son aplicables en el presente caso, como pretende la parte recurrente al invocar el abuso de derecho en las conclusiones de su recurso, porque los compradores ejercitaron su derecho a resolver el contrato de forma plenamente coherente con su conducta contractual previa, esto es, después de haberse negado a las modificaciones del contrato, entre ellas la ampliación del plazo de entrega, propuestas por la vendedora hoy recurrente en septiembre de 2008, un año antes de la fecha pactada para la entrega. Y frente a esa conducta contractual plenamente coherente de los compradores, dicha vendedora hoy recurrente no se ajustó a lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato litigioso para poder obligar a los compradores a conceder “un mes más en el plazo de entrega”».

que concurren en su celebración» (en la del contrato). El otro resulta si el consumidor informa «al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en fecha determinada». (Cfr. art. 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE, *supra* nota 168⁴²⁸).

Refiriéndose al párrafo I del artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE –art. 66 *bis*.2.I TRLGDCU– en el Considerando (52) de la Directiva se describen los supuestos a los que *no* se aplica aquel párrafo I, y sobre el término esencial se indica que «[*t*]ampoco debe aplicarse [el art. 18.2.I] en determinadas circunstancias en las que el plazo de entrega sea esencial como, por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que ha de entregarse antes de la boda. *Tampoco* debe aplicarse en circunstancias en las que el consumidor informa al comerciante que la entrega en una fecha determinada es esencial» (cursiva nuestra).

A) Esa conocida distinción entre términos esenciales la explica L. Díez-Picazo (2008) para el Derecho interno como sigue:

«El carácter esencial del término de cumplimiento o de ejecución de la prestación derivará normalmente de *una voluntad de las partes expresamente declarada*. Por ejemplo, se estipula que la ejecución deberá hacerse precisamente el día tal. *Puede*, sin embargo, a falta de una expresa declaración de voluntad, *deducirse de las circunstancias del caso*, especialmente en aquellos supuestos en que, por una parte, la naturaleza de la prestación y, por otra, el interés determinante de la finalidad del negocio, así lo exijan. Este interés determinante del fin del negocio puede ser solamente el interés de una de las partes, siempre y cuando haya sido conocido, o, por lo menos, fuera reconocible para la otra» (cursiva nuestra)⁴²⁹.

El artículo 621-13 PCCCat. no distingue tipos de términos esenciales.

[178] En su regulación general de las obligaciones (Libro IV, Título I), el Código civil no emplea la expresión «término esencial». Pero a nuestro entender, el mismo puede reconocerse en el artículo 1100.II.2.º CC; en la descripción de que «de su naturaleza y circunstancias [de la obligación] resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, *fue motivo determinante para establecer la obligación*». Sobre el término esencial expresamente pactado, el mismo encaja en el artículo 1255 CC, como cualquier otro pacto que respete los límites de la autonomía de la voluntad.

⁴²⁸ FENOY PICÓN, ADC (2011) [31]-[33] pp. 771-778.

⁴²⁹ L. Díez-Picazo (2008) 6.ª ed., p. 384.

[179] Hemos afirmado que el artículo 1100.II.2.º CC contempla un tipo de término esencial. *No todos lo entienden así*. De ahí que hayamos acudido a diversos autores posteriores al Código civil –en concreto, a Scaevola, Manresa y Navarro, y L. Díez-Picazo–, y a otros anteriores –como García Goyena, y Benito Gutiérrez Fernández–. A partir de sus consideraciones hemos llegado a nuestra anterior opinión.

[180] *Scaevola*.–En 1902 y para el término esencial del artículo 1100.II.2.º CC explica: «Esto es muy fácil de comprender. Si hemos encargado la construcción de una carroza con destino á las fiestas de Carnaval, y se ha señalado para la entrega el domingo anterior á las mismas, ¿qué necesidad hay de intimación al deudor para que éste comprenda que debe ajustarse rigurosamente al plazo fijado, siendo evidente que el retraso haría inútil el servicio? Lo mismo se dirá de las obligaciones que consisten en entregar cosas perecederas, porque ¿quién duda de que si se nos debe suministrar determinada cantidad de una sustancia fácilmente alterable, el deudor no cuenta con nuestra benevolencia para hacer la entrega cuando quizás esté alterada? Todos estos casos se separan, por tanto, de la regla general de la constitución en mora, con un evidente espíritu de justicia por parte del Código»⁴³⁰.

Sobre «la naturaleza y circunstancias» del artículo 1100.II.2.º CC, Scaevola precisa que una cosa es la naturaleza –entrega de cosas perecederas– y otra, las circunstancias –entrega de carroza–: «¿Será menester, sin embargo, la concurrencia de ambas condiciones, atendiendo á la conjunción copulativa con que aparecen enlazadas en el artículo? Las reglas de interpretación gramatical contestan que sí; pero el buen sentido responde que no. Cualquiera de las dos razones señaladas deben bastar para producir el efecto [sic] apetecido, so pena de inutilizar el pensamiento del legislador, el cual no ha querido seguramente restringir tan justo precepto á los casos rarísimos en que se reunan los dos requisitos»⁴³¹. Ahora bien, «la determinación práctica» de los dos supuestos subsumibles en el artículo 1100.II.2.º CC «es una cuestión de puro hecho, y como tal, sometida enteramente al libre arbitrio de los Tribunales»⁴³².

A) El autor plantea, además, si el deudor que incumplió su obligación bajo término esencial puede imponer al acreedor un cumplimiento posterior. Lo niega:

«Ocurre acerca de esto, en primer lugar, que determinadas obligaciones no pueden ser cumplidas útilmente para el acreedor sino en el mismo momento que se convino por anticipado. Así, por

⁴³⁰ SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1100 CC» (1902) p. 460.

⁴³¹ SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1100 CC» (1902) p. 461.

⁴³² SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1100 CC» (1902) p. 461.

ejemplo, cuando encargamos una comida para cierto día y para determinada hora, no es lógico, ni de ninguna manera admisible, que el deudor se atribuya la facultad de cumplir su deber en otra ocasión anterior ni posterior, en que probablemente no nos prestaría utilidad ninguna la comida encargada.

Estos casos están previstos en términos generales en el artículo 1124, que faculta al perjudicado por la desatención de un compromiso para escoger entre exigir la resolución ó el cumplimiento de la obligación contraída; de donde se deduce, que no ya sólo en el ejemplo propuesto, sino en cualquier hipótesis de morosidad, aun siendo quizás útil la ejecución tardía de la obligación, ésta no puede serle impuesta al acreedor de ninguna manera⁴³³.

Ahora bien; si el acreedor tolera el cumplimiento tardío, ¿cesarán los efectos de la morosidad? También este punto se halla resuelto en el art. 1124, donde se determina claramente que en ambos casos (la resolución ó el cumplimiento) subsistirá el derecho del acreedor para el percibo del importe de los daños causados.»⁴³⁴

[181] *Manresa y Navarro*.—Señala (en 1901) que el «fundamento» del artículo 1100.II.2.º CC «está en que cuando la fecha tiene en el cumplimiento de la obligación esa importancia excepcional, á que la ley en este punto se refiere, es lógico suponer que el ánimo de los que contrajeron aquélla fué exigir la mayor puntualidad posible, y de no haberla, la indemnización de perjuicios que la importancia de aquella estipulación, si es olvidada, hace aún más fundado deducir que se haya producido»⁴³⁵. Indica algunos ejemplos: «Será, por ejemplo, indudable que se realiza el supuesto de esta excepción, cuando se trate, v. gr., de la entrega de cosas ó prestación de servicios que se hayan de utilizar en faenas agrícolas, y que se haya designado como fecha para el cumplimiento de la obligación la época de éstas; existirá también cuando, v. gr., se deban entregar frutos ú objetos cualesquiera que al acreedor hayan de servir para someterlos á operaciones industriales que tengan una determinada época para realizarlas y haya sido señalada para la entrega de aquéllos; existirá, en suma, siempre que, como en esos casos, aparezca que la obligación no se habría establecido para fecha distinta de la fijada»⁴³⁶.

⁴³³ SCAEVOLA: «4.º *Ejecución tardía de las obligaciones*.—La mora no produce el efecto de rescindir la obligación, puesto que se resuelve, ante todo y sobre todo, en la indemnización de los daños y perjuicios provenientes del retraso. En todo lo demás, la situación del acreedor y del deudor se mantienen íntegras, con morosidad y sin ella, correspondiendo al primero el derecho de reclamar, en cualquier tiempo, lo que se le debe, y al segundo la necesidad legal de cumplir aquello á que se había comprometido. Por lo tanto, en cualquier momento tiene la facultad el deudor, aun después de haber incurrido en morosidad, para proceder al cumplimiento de la obligación, sin que el acreedor pueda oponerle dificultad alguna que se traduzca en un gravamen más grande del que á la obligación correspondía por su naturaleza» [«Comentario del artículo 1100 CC» (1902) p. 471].

⁴³⁴ SCAEVOLA, «Comentario del artículo 1100 CC» (1902) p. 472.

⁴³⁵ MANRESA Y NAVARRO, «Comentario del artículo 1100 CC» (1901) p. 57.

⁴³⁶ MANRESA Y NAVARRO, «Comentario del artículo 1100 CC» (1901) pp. 57-58.

A) *García Goyena* (1852).—Refiere sus explicaciones al artículo 1007.II.2.º PCC 1851 (*supra* [31]-[32], antecedente del art. 1100.II.2 CC⁴³⁷) y señala:

«El deudor puede ser constituido en mora, no solo por el requerimiento ó por la estipulación expresa del número anterior, sino tambien por el objeto de la obligacion, cuando la cosa que el deudor debia hacer no podia ser hecha útilmente si no en un tiempo determinado que se ha dejado pasar; y no puede dudarse que ha caído en mora ó falta el deudor, cuando no ha cumplido en tiempo útil.⁴³⁸

Rogron pone el siguiente ejemplo: “Me he obligado á entregar unos caballos para que los vendais en una feria que se celebra en dia determinado; si pasa el dia de la feria sin hacer yo la entrega, caigo en mora”. Puede serlo tambien el de la mensageria de la ley 44, título 14, Partida 5, tomado de otra Romana. “Yo te doy tanto para que corras la posta á Cadiz y llegues antes del dia 6 en que sale el correo de Ultramar: te detienes por tu gusto, y das principio á correrla el mismo dia 6 ó la víspera: caes en mora”⁴³⁹.

Nuestro artículo [1007 PCC 1851] es mas explícito que el Frances y se acerca mas al de la Luisiana. El deudor cae en mora, cuando la cosa no podia, por su naturaleza, ser hecha ó entregada sino en un tiempo cierto, que ya ha pasado, ó *bajo circunstancias que ya no existen*. Pero en nuestro artículo se exige que este tiempo y circunstancias hayan sido la causa determinante del contrato»⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Si bien el artículo 1007 PCC 1851 se refiere al «obligado á entregar una cosa» y el artículo 1100.I CC a «los obligados a entregar o hacer alguna cosa»; dejamos al margen la cuestión de las obligaciones de no hacer.

⁴³⁸ A ese párrafo le antecede este otro: «Número 2. Este caso viene á ser el del artículo 1146 Frances, que es tambien el 1279 Holandes, 847 de Vaud, 1000 Napolitano, 1237 Sardo, y número 1 del artículo 1927 de la Luisiana» [GARCÍA GOYENA (1852) p. 540]. Vigente artículo 1146 CC francés (modificado en 1991): «Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s’était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu’il a laissé passer. (L. n.º 91-650, 9 juill. 1991) La mise en demeure peut résulter d’une lettre missive s’il en ressort une interpellation suffisante».

⁴³⁹ P. 5.14.44: «Cómo aquellos que resciben dineros ó despensas para ir en mensageria, si non hi fueren, si los deben tornar ó non/ Envian á las vegadas los señores et los otros homes á algunos en su mandaderia, et danles dineros ciertos para despensa, et caeese que despues que son aparejados para ir et que han rescebido los dineros para la despensa, embárgase la ida ó por se repentir aquellos que los envian, ó por adolecer los que debien ir, ó por gelo embargar fuerte tiempo que feciese, así como avenidas de aguas, ó de rios ó otros embargos semejantes: et por ende decimos que si se embarga la ida por alguna destas cosas sobredichas, et los dineros que habie rescebido el mensagero non son despesos, que los debe tornar al que lo enviaba. Et si por aventura fuesen todos despesos en aparejamiento de las cosas que eran meester para la ida, non debe tornar ninguna cosa; et si non fuesen todos despendidos, debel tornar aquellos quel fincasen. Mas si se repentiese aquel que debiese ir en la mandaderia despues que hobiese rescebido los dineros para despensa, débelos todos tornar, quier los haya despesos, quier non».

⁴⁴⁰ Continua: «Los Romanos llamaban mora *ex persona* á la que requeria prévia interpelacion: mora *ex re* á la que provenia de la cosa misma, y por la sola disposicion de la ley: leyes 23 y 38, párrafo 1, título 1, libro 22 del Digesto; á esta segunda especie puede reducirse la del número 2 y con igual ó mayor propiedad los casos de los artículos 1615, 1618, 1752 y otros, en los que sin necesidad de requerimiento se deben intereses desde que empezó la deuda ú obligacion» [GARCÍA GOYENA, «Comentario del artículo 1007» (1852) p. 540].

B) *Gutiérrez Fernández (1869)*.—Para el artículo 1007.II.2.º PCC 1851 menciona los mismos ejemplos de García Goyena: el de la entrega de los caballos para una feria; y el de la mensajería⁴⁴¹.

[182] *L. Díez-Picazo*.—Expone en 2008 y en sus *Fundamentos* (6.ª ed.): «El pasaje más difícil de interpretar del artículo 1100 es el apartado segundo. [...] Literalmente entendido el pasaje examinado parece llevar a la conclusión de que el Código se está refiriendo en él al llamado “término esencial” o “negocio a fecha fija”, pues es en ellos donde el factor tiempo adquiere la condición de elemento esencial integrante de la prestación y, por tanto, de su cumplimiento. Sin embargo, esta interpretación debe ser aclarada. El art. 1100.2.º CC, no se puede referir a los casos de “término esencial”, entre otras razones porque en tales casos no es ni siquiera posible la mora, ya que para que la mora exista, es menester que el deudor no haya cumplido, y que la prestación continúe siendo posible y para satisfacer el interés del acreedor. En los casos de término esencial, pasado el término, la prestación no es ya posible, y por consiguiente, no hay mora. Si contrato un taxi para ir de excursión esta tarde o a un famoso pianista para que actúe en el concierto de mañana, pasado mañana ni el taxista ni el pianista estarán en mora, sino que la obligación habrá quedado definitivamente incumplida y será ya imposible, por ser el término de cumplimiento de carácter esencial de la prestación./ Ahora bien, si el art. 1100.2.º no alude a los casos de término esencial, ¿qué quiere decir al hablar de una designación de época que fue móvil determinante de la obligación? Una amplia corriente de opinión entiende que el art. 1100.2.º viene a completar el art. 1100.1.º, de manera que al lado del pacto expreso sobre la mora automática se admite

⁴⁴¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (el texto que a continuación transcribimos sigue al transcrito *supra* nota 93): «De estos principios difiere el proyecto de Código [de 1851] que exige el requerimiento aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó dia cierto para la entrega de la cantidad de la cosa. No dice el art. 1007 si el requerimiento ha ser [sic] judicial [v. *supra* nota 98, la explicación de García Goyena], pero nuestras leyes así lo establecen./ Sus dos escepciones son tan racionales que á ellas podrian referirse los únicos casos en que las antiguas leyes prescindian del reconocimiento. Una es cuando se hubiese asi estipulado en el contrato. ¿No equivalia á un pacto y no era mas que un pacto la pena de que hablan dichas leyes? [se refiere a la P. 5.11.35, transcrita *supra* nota 92] La otra cuando así pudiera inferirse de la naturaleza y circunstancias del contrato. Tampoco esto es nuevo: los romanos llamaban mora *ex persona* á la que requeria prévia interpelacion; y mora *ex re*, á la que provenia de la cosa misma [...] (Ley 23, §1.º, tít. I, lib. XXII, Dig.). ¿Cómo no ha de ocurrir la mora por razon de la cosa si no existe ó no se presenta el dia que haga falta que puede ser un dia convenido? Rogron pone el siguiente caso: me he obligado á entregarnos unos caballos para que los vendais en una feria que se celebra en dia determinado; si pasa el dia de la feria sin hacer yo la entrega, caigo en mora. Ejemplo parecido es el de la mensajería que cita la ley 44, tít. XIV, Part. V. [transcrito en la segunda nota anterior a esta] [...] La obligación del deudor se convierte para el acreedor en derecho á pedir la cosa objeto del contrato: su accion es personal como proveniente del contrato que no trasfiere el dominio como no vaya acompañado de la entrega; [...]» [(1869) p. 54].

un pacto tácito o una tácita voluntad de que la mora sea automática, inducidos u obtenidos por vía interpretativa o valorando las circunstancias y la naturaleza de la obligación. J. DELGADO señala que el apartado segundo del art. 1100 puede aludir a aquellos supuestos en los cuales la prestación es urgente en la mente de los contratantes y según su propia naturaleza o circunstancias, pero no deja de tener utilidad hecha más tarde, en cuyo caso el acreedor a su arbitrio puede pedir la indemnización como si el cumplimiento fuera imposible o el cumplimiento tardío, haciendo recaer sobre el deudor las consecuencias de la mora⁴⁴². Sin embargo, de este modo trasladamos el problema a lo que más arriba llamamos el término esencial en sentido impropio. Más probable parece por ello sostener que el art. 1100.2.º se refiere a supuestos en que, pactado de forma expresa o instituido tácitamente, el cumplimiento debe hacerse sin dilación, sin tardanza»⁴⁴³.

[183] *Reflexión final.*—Teniendo en cuenta que en mi opinión en el artículo 1100.II.2.º CC se recoge un supuesto de término esencial, al compararlo con el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU, entiendo que son aspectos positivos del último: (1) *su empleo expreso de la locución término esencial*; y (2) *que explicita cómo se identifica al mismo, lo que hace de un modo que notablemente recuerda la literalidad del artículo 1100.II.2.º CC*. Por lo anterior, posiblemente el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU no plantee los problemas interpretativos a que ha dado lugar el artículo 1100.II.2.º CC.

⁴⁴² DELGADO ECHEVERRÍA: «[...]». Ahora bien: cuando tal esencialidad es absoluta, de modo que la prestación carezca de cualquier utilidad apreciable en época distinta de la pactada, no puede haber mora, porque ésta presupone que el interés del acreedor, aunque tardíamente, puede todavía realizarse, y no siendo ello posible, nos hallamos ante un supuesto de imposibilidad física o económica (alquiler de un balcón para presenciar el paso del cortejo de la coronación): el acreedor exigirá, directa y únicamente, la indemnización por incumplimiento definitivo. El apartado 2.º [del art. 1100 CC], entonces, podría aludir a aquellos supuestos en los cuales la prestación, aun siendo urgente en la mente de los contratantes y según su propia naturaleza o sus circunstancias, no deja de tener utilidad hecha más tarde, en cuyo caso el acreedor, a su arbitrio, exigirá la indemnización como si el cumplimiento fuera imposible, o bien pedirá el cumplimiento tardío haciendo recaer sobre el deudor las consecuencias de la mora./ [Lo que a continuación transcribimos va en el original en un tamaño de letra menor] Por ejemplo: si practicado por unos ladrones un agujero en la pared de una casa, la demora del constructor en repararla permite que entren ladrones por segunda vez. O –acaso– si el impresor –conociendo la circunstancia– no entrega a tiempo el libro que había de presentarse a un concurso. La conveniencia de cerrar el agujero es permanente, y corrido el plazo del concurso el libro es todavía vendible; mas, según me parece, el acreedor no sólo puede pedir el cumplimiento tardío e indemnización por los perjuicios causados por el retraso (aunque no hubiera interpelado), sino también rechazar definitivamente la prestación, resolviendo en su caso el contrato» [(1985) p. 248].

⁴⁴³ L. DÍEZ-PICAZO (2008) 6.ª ed. pp. 674-675. Con carácter general, sobre los supuestos englobados en el artículo 1100.II.2.º CC, refiriéndose además a los Derechos francés, alemán e italiano, y a la jurisprudencia española, ANDREU MARTÍNEZ (2003) pp. 163-197.

3. LA FORMA DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO ESENCIAL: EL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL O MEDIANTE DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DEL ACREEDOR

[184] El artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU –también su párrafo I– prescribe que el consumidor «*tendrá derecho* a resolver», lo que es copia del correspondiente sintagma del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* nota 168). Según el Considerado (52) *in fine* de la Directiva: «La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones nacionales *sobre la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato*» (cursiva nuestra).

A) En 2013 recordé que *de acuerdo a una interpretación literal y según los antecedentes históricos del precepto*, la forma de ejercicio de la resolución del artículo 1124 CC es judicial («decretará»); pero que en su aplicación, el Tribunal Supremo ha admitido que la resolución se ejercite mediante declaración de voluntad del acreedor dirigida al deudor y con el control de los tribunales si el deudor la discute. Teniendo en cuenta eso, afirmé la conveniencia de que en la transposición del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE al Derecho nacional se dispusiere «*un artículo en el que se indique con claridad y sin lugar a dudas que la resolución es de ejercicio extrajudicial. No basta disponer de una jurisprudencia que, interpretando el artículo 1124 CC, realmente modifica la norma que aquél dispone./ Y también a mi juicio, la notificación de la resolución de la relación de compraventa no habría de sujetarse a una/s concreta/s forma/s. En la contratación con consumidores, para que el consumidor pueda resolver, habría de bastar con cualquier forma admitida en Derecho (cfr. art. 70 TRLGDCU para el derecho de desistimiento)*»⁴⁴⁴.

Tal propuesta de artículo no la acogió el legislador nacional en la Ley 3/2014.

[185] De la interpretación literal del artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU se desprende que, producido el incumplimiento de la obligación con término esencial, el mismo es *causa de resolución*. Además, teniendo presente lo transcrito del Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE y la descripción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la forma de ejercicio de la resolución del artículo 1124 CC (*supra* [184]), puede interpretarse *que el artículo*

⁴⁴⁴ FENOY PICÓN, ADC (2013) [35] p. 781; v. [34]-[35] pp. 778-781. Artículo 70 TRLGDCU: «Formalidades para el ejercicio del desistimiento.–El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos».

lo 66.2.II TRLGDCU contempla (implícitamente) el ejercicio de la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor no sujeta a forma determinada. Y aunque esto pueda no compartirse, sí que es plenamente cierto que el artículo 66.2.II TRLGDCU no recoge, para el incumplimiento de ninguno de los términos esenciales contemplados, la resolución automática. Y esto último es importante destacarlo por lo siguiente.

[186] Situados en sede de teoría general de las obligaciones, algunos autores han señalado que hay términos esenciales cuyo incumplimiento produce la automática resolución y otros en los que ello no sucede, pudiendo el acreedor decidir si opta por ejercitar la resolución. Tal distinción la explican en que hay obligaciones con término esencial en las que, pasada la fecha de su cumplimiento, el posible posterior cumplimiento no satisface –no es útil– al acreedor; mientras que en otras, no obstante su incumplimiento, el posterior cumplimiento de la obligación puede seguir siendo útil al acreedor. Martínez de Aguirre (2014), por ejemplo, describe el estado de la cuestión y apunta su opinión. El autor subsume el ejemplo del incumplimiento de la entrega en plazo del traje de novia como uno de resolución automática. Recordemos que ese ejemplo aparece expresamente aludido en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [177]).

A) «Se habla de término esencial, en sentido propio (o término esencial absoluto), cuando el cumplimiento de la obligación solo satisface el interés del acreedor si es realizado precisamente en la fecha fijada en la obligación, o dentro del plazo establecido en la misma. En este caso, conforme a la mejor doctrina (LUNA SERRANO, DÍEZ-PICAZO), el incumplimiento provocaría la resolución automática del contrato sinalagmático, con indemnización de daños y perjuicios en favor del acreedor (a lo que entiendo, salvo que el propio acreedor optara por aceptar un cumplimiento tardío, también con indemnización: en efecto, el acreedor es el mejor árbitro de su propia utilidad).

Por ejemplo, el traje de boda ha de ser entregado antes de la fecha de la boda, pero no después, y el banquete de bodas servido en la fecha pactada, y no en otra. El cumplimiento retardado, como regla, no es ya útil, puesto que no satisface de ninguna manera el interés del acreedor: el traje entregado un día más tarde, o el banquete preparado para un día más tarde, carecen ya de sentido para el acreedor. En estos casos, por tanto, no cabe un retraso sometido al régimen de la mora, ni un cumplimiento tardío: solo hay cumplimiento (dentro del plazo) o incumplimiento (fuera del plazo). Sin embargo, si el acreedor así lo prefiere, puede aceptar un cumplimiento tardío, aunque tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios (que, en los casos con que se ha ejemplificado, debería incluir también la indemnización del daño moral contractual) [en el original, el tamaño de la letra de este segundo párrafo es menor que el del precedente].

En sentido impropio, hay término esencial relativo cuando el plazo ha sido motivo determinante del establecimiento de la obligación (art. 1100 Cc.), pero el cumplimiento tardío puede ser útil todavía al acreedor, en cuyo caso, no es necesario el requerimiento al deudor para constituirle en mora, y corresponderá al acreedor elegir entre la resolución del contrato –que no será automática– o el cumplimiento de la obligación, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en ambos supuestos.

A esta modalidad impropia de término esencial parece aludir la STS. 8 julio 2011, para un caso en el que se había pactado la instalación en un conjunto de empresas de un sistema informático antes del 1 de enero de 2002, fecha de implantación del euro; el TS, entiende que el plazo es esencial, y que una vez llegado sin que se hubiera instalado el sistema informático contratado, quedaba abierta al contratante cumplidor la posibilidad de pedir la resolución⁴⁴⁵,⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ STS, 1.ª, 08.07.2011: «Por estas razones, la sentencia recurrida ha infringido los arts. 1203, 1204 y 1205 CC, reguladores de la novación, porque al haberse incumplido el contrato de arrendamiento de obra al no haberse acabado la implantación del sistema informático en el momento previsto, mal puede concluirse que se produjo una novación. Como afirma la STS 364/2006, de 5 de abril, “*contravenida la obligación de pagar en el plazo establecido por ambas partes, se produjo un incumplimiento definitivo que llevaba a entender que no existiría un cumplimiento futuro y que permitió al cedente ejercer una de las opciones previstas en el propio contrato. Porque hay que considerar también que mientras existieron incumplimientos parciales, pero que no permitían concluir que no se cumpliría definitivamente el contrato, el cedente se abstuvo de resolverlo y que sólo cuando este incumplimiento se convirtió en irreversible, ejerció la opción de resolver. De este modo no puede pedir la cesionaria que se cumpla el contrato, que es lo que en definitiva pide, cuando no ha pagado lo acordado*”. Aplicada esta doctrina al caso concreto, ello significa que mientras no llegó el plazo esencial e incluso posteriormente, pero cuando aun podía esperarse que se alcanzaría el cumplimiento para la implantación del equipo informático con las finalidades expresadas en el propio contrato, y la demandante ahora recurrente podía aun entender que podría llegar a cumplirse el contrato, la abstención en instar la resolución resulta absolutamente lógica. Pero precisamente el contenido del documento firmado el 29 abril 2002, más de tres meses después de la llegada del plazo previsto, permitía a CORPORACIÓN concluir que el contrato no llegaría a cumplirse, razón por la cual procedió a su resolución, primero mediante carta enviada el 21 junio 2002 a ARION, en la que el consejero delegado de CORPORACIÓN comunicaba dicha resolución y después, con la demanda interpuesta el 21 noviembre 2002./ Las partes pueden acordar lo que consideren conveniente con la finalidad del cumplimiento de las distintas obligaciones, a pesar de haberse producido un incumplimiento. Los sucesivos aplazamientos tolerados por la acreedora no constituyeron una novación ni una modificación del plazo, que hubiese requerido un pacto expreso, puesto que de aceptarse la tesis de la Audiencia, la de la deudora [sic; que] se hubiese convertido en una obligación sin plazo determinado, siendo así que en el contrato se pactó el término como esencial al estar ligado a la implantación del euro. [...]» [FD 4.º; cursiva y mayúscula del original; Pte. Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, Cendoj, Roj STS 4869/2011].

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014) pp. 115-116. En sus *Fundamentos* [(2008) 6.ª ed.], L. DÍEZ-PICAZO: «Procede también esta distinción [término esencial propio/absoluto o impropio] de la doctrina alemana en la cual, sin embargo, no se ha alcanzado hasta el momento una terminología precisa. FERNÁNDEZ NOVOA pone de manifiesto que en los negocios fijos llamados absolutos, la designación del tiempo de la prestación tiene el significado de que la prestación no puede ser realizada fuera del tiempo convenido, de tal manera que una vez transcurrido el término pactado la prestación deviene imposible. En los negocios fijos simples o relativos, la prestación no puede tampoco ser realizada fuera del tiempo convenido, porque la llegada del día es contenido esencial del acuerdo. No obstante, el transcurso del término no hace imposible absolutamente una prestación posterior,

[187] Pero San Miguel Pradera (2004) que ha estudiado con detenimiento el incumplimiento de la obligación bajo término esencial y el remedio de la resolución, considera «inútil la distinción que hace nuestra doctrina entre el término esencial absoluto y relativo para posteriormente afirmar, en el primer caso, que la única salida posible es la resolución. En contra de lo que opina un sector importante de la doctrina, defendemos que en los casos de término esencial *el remedio resolutorio opera a instancias del acreedor*, nunca de forma automática, y que esto es así aunque el acreedor carezca de interés en el cumplimiento posterior» (cursiva, negrita en el original)⁴⁴⁷.

sino que atribuye al acreedor insatisfecho una facultad de resolución. Sin embargo, la distinción así trazada implica dos tipos de problemas distintos, como son el incumplimiento y la consiguiente facultad resolutoria, por un lado, y la imposibilidad sobrevenida, por otro./ ESSER entiende, en cambio, que la naturaleza de la prestación y el interés del acreedor en cuanto fin del negocio, cuando hacen esencial la observancia del tiempo de prestación, determinan que una ejecución posterior huelgue por completo. En tal caso, en principio, el deudor incurre en mora y el interés del acreedor queda transformado en un crédito pecuniario si el acreedor no ejercita su derecho de resolución. El acreedor tiene un derecho de opción entre ambas alternativas. A esta manera de operar al término esencial es a la que se llama “negocio fijo o impropio”./ El funcionamiento es completamente distinto si el tiempo, bien por disposición expresa de las partes, o bien por lo que se deduzca de las circunstancias, ha sido erigido en “contenido de prestación”, de manera que ésta sólo pueda ser ejecutada dentro del espacio temporal fijado. En tal caso, la prestación sólo es posible en el momento del vencimiento. Es decir: una prestación ejecutada tardíamente, aunque sea sin culpa del deudor, no es ya la “prestación debida”. Es otra prestación distinta. No puede ser la prestación debida, porque la prestación convenida ha devenido imposible con la expiración del plazo. En tales casos, el acreedor tiene un inmediato derecho de resolución y queda liberado del vínculo./ Según esta exposición, parece que la diferencia entre el término esencial absoluto y el relativo debe situarse en el hecho de que en el caso de “término relativo” el acreedor puede todavía reclamar el cumplimiento retrasado. Por ejemplo, al exhibidor le puede interesar la proyección de la película, aunque sea en un momento diferente de las fiestas de la localidad. *Ahora bien, tanto en el caso del término absoluto como en el del término relativo, el deudor no puede pretender una prestación tardía y el acreedor dispone de un derecho de resolución del vínculo, que parece que en el caso del término esencial propio es automático y en el caso del término esencial impropio exige una comunicación dirigida por el acreedor al deudor en tal sentido*» (mayúsculas del original; cursivas nuestras; *op. cit.* pp. 384-385).

V. ANDREU MARTÍNEZ (2003) pp. 167-170.

⁴⁴⁷ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [278] p. 240. Continúa: «Las razones que nos llevan a defender la inexistencia de una resolución automática en cualquier supuesto de término esencial son varias. En primer lugar, la falta de previsión legal de una resolución automática [...]. En segundo lugar, el hecho de que, con una resolución automática, en los casos de incumplimiento imputable al deudor se impide al acreedor optar por mantener el contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios. En tercer y último lugar, en los casos en los que el incumplimiento del término esencial no sea imputable al deudor, tampoco la resolución automática es una buena solución [...], pues al acreedor le puede interesar optar por no resolver el contrato y exigir otros remedios (*v. gr.*, el *commodum*)» (*op. cit.* [278] pp. 240-241). Más adelante, expone las posibilidades con las que el acreedor cuenta ante el incumplimiento del término esencial: «[...] a pesar del incumplimiento del término esencial, *el contrato permanece en vigor*. De hecho se produce una *situación de incertidumbre* respecto a cuál será la solución final en la que desembocará la relación obligatoria. El acreedor dispone de varias opciones: (1) exigir el cumplimiento –cuando éste sea posible– junto con la indemnización de daños –siempre que concurren los requisitos necesarios para que proceda–; (2) realizando su contraprestación, exigir la indemnización de daños, en cuyo cálculo se tendrá en cuenta el valor de la prestación del deudor; (3) optar por la

[188] *En suma*, al margen de que pueda entenderse que el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU recoge directamente la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor dirigida al deudor, o que la misma responde a la aplicación judicial de la resolución del artículo 1124 CC por la vía del artículo 59.2.I TRLGDCU (*supra* [60]), el artículo 66 bis.2 TRLGDCU –por hablar de «derecho a resolver»– *no acoge el modelo de ejercicio de la resolución automática*.

Y más allá de la contratación con consumidores, el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU constituye un nuevo pilar en la defensa *general* de la *no* admisión de la resolución automática para el incumplimiento de la obligación con término esencial; tesis que, hemos visto, defiende San Miguel Pradera (*supra* [187]).

4. OTRA POSIBLE MEJORA DE LA REGULACIÓN DE LA PMCC: LA EXPRESA MENCIÓN DE QUE LA RESOLUCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CON TÉRMINO ESENCIAL ES DE EJERCICIO EXTRAJUDICIAL

[189] Hemos de tener en cuenta lo siguiente: (1) Que la PMCC no menta al término esencial en su regulación de las obligaciones a plazo (arts. 1117 a 1121) ni en la del incumplimiento y sus remedios (arts. 1188 y ss.); (2) que según el artículo 1199.II PMCC, la «facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte» (*supra* nota 411); el ejercicio del remedio *general* de la resolución no es judicial, ni automático; y (3) que la PMCC no dispone un artículo como el 1100 CC para la mora del deudor; en la PMCC, el simple retraso en el cumplimiento constituye, ya mismo, incumplimiento (*cf.* art. 1188.I PMCC)⁴⁴⁸.

Con las anteriores coordenadas, entiendo correcto afirmar que en la PMCC el incumplimiento del término esencial no conduce a la resolución automática de la relación contractual. La PMCC se sitúa en la línea del expuesto pensamiento de San Miguel Pradera. *Ahora bien*, como hemos visto para el Código civil, la resolución

resolución del contrato con la indemnización de daños en su caso. Cuando el incumplimiento no sea imputable, el acreedor puede optar únicamente entre: (1) exigir el cumplimiento –si éste es posible–; (2) el *commodum* cuando proceda; (3) la resolución del contrato. Con ello, queda patente que la resolución del contrato no es la única salida posible y que el acreedor hará valer este remedio cuando sea el que más le conviene, según las circunstancias concurrentes (normalmente, cuando le interese más conservar su contraprestación que obtener la prestación del deudor o su valor)» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.* [281] pp. 241-242; v. también [229]-[231] pp. 201-202, en particular [130] (*sic* [230]) y [231] p. 202).

⁴⁴⁸ FENOY PICÓN, ADC (2010) [24]-[25] pp. 69-72, [27]-[30] pp. 72-76, en particular [28] a) pp. 72-73.

general del artículo 1124 CC no es automática y sin embargo, algunos han defendido tal ejercicio para el incumplimiento de algunos términos esenciales (*supra* [186]). Se trata de una construcción doctrinal que no tiene directo apoyo en el Código civil. Pues bien, teniendo en cuenta tal realidad, *tal vez fuera oportuno que en la PMCC se hiciera alguna expresa mención del término esencial y que expresamente se apuntara que su incumplimiento no conlleva la resolución automática de la relación contractual*. Podrá contra argumentarse su no oportunidad, pues la PMCC es clara –lo cual puedo compartir–. *Pero es también verdad que en ocasiones una nueva norma de Derecho positivo tiene causa inmediata en que suprime (corta de raíz) una determinada interpretación doctrinal y por eso mismo, ello debe dejarse muy claro al jurista formado en el sistema anterior. Creo que este es uno de esos casos*.

III. EL RECHAZO DEL VENDEDOR A LA ENTREGA DEL BIEN Y LA RESOLUCIÓN

1. EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO Y LA RESOLUCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

[190] Otra excepción de la *Nachfrist* y la resolución consiste en que el deudor se niegue a cumplir *antes* de que el cumplimiento le sea exigible (rechaza, repudia cumplir). En tal supuesto, junto con otro requisito, el acreedor, si quiere, puede de inmediato proceder a la resolución de la relación contractual. Se trata de lo que se conoce como *incumplimiento anticipado*, el cual suele enfocarse en su conexión con el remedio de la resolución⁴⁴⁹.

[191] Los artículos 72 CISG, 7.3.3 Principios UNIDROIT, 9:304 PECL, III.-3:504 DCFR, y 116 CESL acogen el incumplimiento anticipado, para el que especifican que ha de ser esencial o de tal naturale-

⁴⁴⁹ Recientemente, v. NAVARRO CASTRO (2014) 101-116. El autor delimita esta figura como sigue: «Cuando hablamos de resolución por incumplimiento anticipado, nos estamos refiriendo a supuestos en los que la obligación de alguna de las partes (o de las dos) todavía no ha vencido y, sin embargo, se dan las circunstancias para que la parte acreedora pueda resolver ya el contrato. Del examen de los textos analizados se pueden afirmar que las dos notas que nos permitirían delimitar el incumplimiento anticipado serían la existencia de una certeza de que el deudor no va a cumplir y que dicho previsible incumplimiento reúna las mismas condiciones que se exigen en general a un incumplimiento contractual para ser considerado causa de resolución» (cursiva nuestra; *op. cit.* p. 101). Sobre el incumplimiento anticipado o previsible, GARCÍA PÉREZ, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal* (2012) núm. 7, pp. 44 ss.

za que justifique la resolución⁴⁵⁰. El incumplimiento anticipado incluye el expuesto supuesto de que el deudor *se niega expresamente a cumplir* y el de la *certidumbre* del futuro incumplimiento.

Al incumplimiento anticipado –incumplimiento *cierto*– se contrapone aquel otro en el que, no habiendo indudable certeza del futuro incumplimiento, hay *riesgo relevante* o *amenaza* del mismo. Algunos de los mentados textos acogen también este otro supuesto de hecho.

A) 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*» (cursiva nuestra)⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Sin perjuicio de lo que a continuación indicamos en este marginal [191] y oportunas notas, tratamos de la resolución anticipada (incumplimiento anticipado/incumplimiento previsible): FENYOY PICÓN, *ADC* (2011) [88]-[93] pp. 1591-1597, y *ADC* (2013) [31] pp. 773-776.

⁴⁵¹ HONNOLD: «¿Qué tipo de circunstancias son las que dejan “patente” que una de las partes “va a acometer un incumplimiento esencial de contrato”? El párrafo 3 demuestra que la declaración de una parte “de que no cumplirá sus obligaciones” faculta a la parte afectada para declarar el contrato resuelto, siempre que tal tipo de declaración deje claro que se trata de un auténtico desconocimiento del contrato (“repudio”), y que la parte que lo comete no va a cambiar de opinión y cumplir a su debido tiempo. Hay actos de una parte que pueden ser equivalentes a un “repudio”; por ejemplo, una injustificada reventa a tercero de las mercaderías destinadas a entregar al comprador o la venta de la planta de producción donde el vendedor acordó producir las mercaderías para el comprador. Desde luego se pueden prever pocas circunstancias que reclamen la aplicación de este artículo [«Comentario del artículo 72 CISG» (1987 de la trad. española), núm. 396, p. 439]. CALVO CARAVACA: «El derecho reconocido por el artículo 72 de la Convención a cualquiera de los contratantes está subordinado a la existencia de un *peligro para el contrato*, que ha de ser: 1. *Muy grave*: Debe tratarse de un incumplimiento esencial del contrato [...]. 2. *Muy previsible*: El incumplimiento esencial tiene que ser *patente* (“manifieste”, “clear”). Ello es así cuando se dan cumulativamente una serie de requisitos. En primer lugar, tiene que haber una base objetiva, una realidad que evidencie el peligro grave y cierto para el cumplimiento futuro del contrato (*juicio sobre la magnitud de la inseguridad contractual*). A diferencia del artículo 71 de la Convención, no se especifica por el artículo 72 que tipo de obstáculo a la plena realización del contrato deba ser: basta –se ha señalado– todo elemento de indicio razonable (*jeder vernünftige Anhaltspunkt*). Cabe, pues, que se trate de supuestos muy variados, como, *ad ex.*, la destrucción de la fábrica del vendedor por un incendio, la promulgación de una normativa sobre control de cambios que impida el pago al comprador, la imposición de un embargo, el estallido de graves alteraciones del orden público o la convocatoria y celebración de una huelga en el país del otro contratante. A diferencia del artículo 71, se requiere también que no quede la menor duda del riesgo que pende sobre la relación contractual (*juicio sobre la probabilidad de la inseguridad contractual*). Habida cuenta la mayor importancia de la sanción –la resolución del contrato–, no basta que haya una duda razonable. Tiene que existir una certeza casi absoluta. En este sentido, es suficiente que a una persona razonable, en esa misma situación y en circunstancias semejantes

Artículo 71 CISG: «1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

- a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
- b) Su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato./ [...]»⁴⁵².

(art. 8.2 de la Convención), no le pasara desapercibido ni le fuera indiferente ese peligro./ [...]» («Comentario del artículo 72 CISG» (1998) pp. 570-571).

⁴⁵² HONNOLD: «Cuando una parte se propone diferir su cumplimiento, ¿qué grado de certeza requiere la frase “si ... resulta *manifiesto* que la otra parte no cumplirá una [sic] parte sustancial de sus obligaciones”? Ciertamente, la nueva redacción sale al paso de la objeción al Proyecto de Convención de 1978 de que un temor subjetivo de una parte le faculte para diferir el incumplimiento. ¿Limita el artículo 71 la suspensión a los casos en que exista una certeza objetiva de que la otra parte no va a cumplir?/ Esta última interpretación está sujeta a dos objeciones. En primer lugar, la Conferencia rechazó la propuesta de asimilar la suspensión del artículo 71 a la resolución del contrato regulada en el artículo 72 y se esforzó en mantener una terminología diferente para autorizar derechos y acciones diferentes. La suspensión, según el artículo 71, está permitida cuando “resulte manifiesto” que una parte “no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”; la resolución, según el artículo 72, se autoriza sólo cuando “fuera patente” que una parte va a cometer un incumplimiento esencial del contrato./ Una segunda objeción deriva del artículo 71.3. Como veremos [...], la parte que difiere su cumplimiento tiene que notificarlo a la otra parte, “y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte *da seguridades suficientes de que cumplirá su obligaciones*”. Así, las circunstancias que “pongan de manifiesto” que la otra parte no va a cumplir no necesitan verificar que hay una certeza de incumplimiento, ya que la apariencia inicial podrá ser modificada por una clarificación de la situación o por la remoción de las iniciales barreras al cumplimiento./ En suma, conforme al artículo 71.1, el temor subjetivo de una de las partes no justificará la suspensión; deben darse motivos objetivos que demuestren un alto grado de probabilidad de incumplimiento» [cursiva del autor; «Comentario del artículo 71 CISG» (1987 de la trad. esp.) núm. 389, p. 432]. CALVO CARAVACA: «[...] / a’) Una situación de peligro para el contrato: la previsión de que la otra parte contractual no cumplirá una “parte sustancial de sus obligaciones”. Dicho con otras palabras, esto significa que ese incumplimiento aunque no sea esencial (art. 25 de la Convención) [...], debe revestir una cierta importancia: el artículo 71, por su carácter excepcional, debe ser interpretado restrictivamente y no cubrir en modo alguno incumplimientos de escasa entidad./ b’) Causa de esto puede serlo, en primer lugar, “un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia” [...]. La incapacidad de cumplimiento del contrato [...] podría inferirse, entre otros casos, de la venta o demolición de una fábrica, de la interrupción del suministro de materias primas o del incumplimiento o cumplimiento defectuoso por la otra parte de contratos semejantes concluidos con terceros. De la misma manera que la falta de solvencia [...] podría manifestarse por el hecho de que se le haya abierto un procedimiento concursal al deudor o a una empresa del mismo grupo [...] o no haya satisfecho cobros vencidos a otras empresas acreedoras. La incapacidad de la parte para cumplir sus obligaciones genera automáticamente el derecho de la otra a suspender las suyas: es irrelevante, a estos efectos, que dicha situación le sea *imputable* o carezca de toda *culpa* –caso, *ad ex.*, de que se lo impidan acontecimientos bélicos, medidas de embargo, huelgas o catástrofes naturales–. [...] / c’) La incertidumbre también puede provenir, en segundo lugar, de “su comportamiento al disponerse a cumplir o cumplir el contrato” [...]. Así sucede cuando la otra parte da muestras de desinterés, escasa o nula actividad –especialmente en la realización de los actos preparatorios de la ejecución de las obligaciones surgidas del contrato que recaen sobre vendedor y comprador– y, *ad ex.*, no suministra o se provee de las autorizaciones o materias primas necesarias./ Cualquiera que sea la causa que provoque la incertidumbre acerca del buen fin del contrato, su apreciación no puede descansar en el exclusivo punto de vista de quien la alega: para que se le reconozca este derecho, es preciso que sea *manifiesto* que esa hipótesis puede ciertamente producirse

B) Artículo 7.3.3 Principios UNIDROIT: «(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato» (cursiva nuestra)⁴⁵³.

Artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT: «(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato»⁴⁵⁴.

C) Artículo 9:304 PECL: «Anticipatory Non-Performance

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract» (cursiva nuestra)⁴⁵⁵.

–que tenga una *base objetiva o alta probabilidad*– y que así lo apreciaría también “una persona razonable de la misma condición” (art. 8.2), teniendo “debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso” (art. 8.3), *ad ex.*, tras conocer que existen numerosas protestas por parte de otras empresas, reprochando a la otra parte su falta de pericia técnica. [...]» [«Comentario del artículo 71 CISG» (1998) pp. 564-565].

⁴⁵³ Según el Comentario del artículo: «Este artículo establece el principio de que el incumplimiento que ha de ser esperado se equipara al incumplimiento que tuvo lugar al momento en que se debía la prestación. Un requisito que debe quedar claro es que habrá de existir incumplimiento; una sospecha, aun bien fundada, no será suficiente. Más aún, es necesario que el incumplimiento sea esencial y que la parte que tiene derecho a recibir la prestación notifique su decisión de resolver el contrato. *Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato.* Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial» [cursiva nuestra; Principios UNIDROIT (2004) pp. 233-234; para el incumplimiento esencial, el art. 7.3.1 Principios UNIDROIT, *supra* nota 261]

⁴⁵⁴ Según el Comentario 1 del artículo: «Este artículo protege el interés de una parte que tiene razones para creer que la otra parte será incapaz o no desea cumplir el contrato en la fecha estipulada, pero que no puede recurrir al Art. 7.3.3 pues aún existe la posibilidad de que la otra parte quiera o pueda cumplir. La primera parte, en ausencia de esta disposición, se encontraría con frecuencia en un dilema. Por un lado, incurrirá en una pérdida si espera la fecha del cumplimiento y la otra parte no cumple. Por otro lado, si decide resolver el contrato y entonces resultara evidente que el contrato habría sido cumplido por la otra parte, su proceder equivaldría a un incumplimiento del contrato, conllevando su responsabilidad por el daño causado» [Principios UNIDROIT (2004) p. 234].

⁴⁵⁵ Según el *Comment A* del artículo: «This Article entitles the aggrieved party to terminate the contract for “anticipatory non-performance”, by which is meant an *obvious unwillingness or inability to perform where the failure in performance would be fundamental within Article 8:103*. The right to terminate for anticipatory non-performance rests on the notion that a party to a contract cannot reasonably be expected to continue to be bound by it once it has become clear that the other party cannot or will not perform at the due date. The effect of this Article is that for the purpose of the remedy of termination an anticipatory fundamental non-performance is equated with a fundamental non-performance after performance has become due» (cursiva nuestra; LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 417; para el art. 8:103 PECL *supra* nota 260). En el *Comment C* del artículo: «In order for this Article to apply it *must be clear* that a party is not willing or able to perform at the due date. If its behavior merely engenders doubt as to its willingness or ability to perform the other party’s remedy is to demand an assurance of performance under Article 8:105. [...]»

Artículo 8:105 PECL: «Assurance of Performance»

(1) A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues.

(2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notice of termination without delay»⁴⁵⁶.

D) Artículo III.-3:504 DCFR: «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*» (cursiva nuestra)⁴⁵⁷.

(*op. cit.* p. 417). Y en las Notas de Derecho comparado del artículo: «3. *No equivalent doctrine*/In contrast, there is no general rule as to termination for anticipatory non-performance in FRENCH law, SPANISH law and PORTUGUESE law. This problem has hardly been subject to academic discussion nor regulated in the Codes. In general, the law is reluctant to support the aggrieved party prior to the time of performance (cf. SPAIN: *Lacruz-Delgado* [...]; *Albaladejo* [...]); but termination for anticipatory non-performance is possible if the defaulting party's behavior makes it clear that performance will not take place: CC arts. 1129 and 1183). [...]» (cursiva del original; *op. cit.* p. 419).

⁴⁵⁶ Según el *Comment A* del artículo: «This Article is intended to protect the interests of a party which believes on reasonable grounds that the other party will be unable or unwilling to perform the contract at the due date but which may be reluctant to invoke Article 9:304 in case it transpires that the other party would after all have performed. In the absence of a rule along the lines of this Article the potentially aggrieved party will be in a dilemma. If it waits until the due date for performance and performance does not take place it may incur heavy losses. If on the other hand it terminates the contract under Article 9:304 but it is later found that it was no clear the other party would commit a fundamental non-performance, it itself will have failed to perform the contract, with a consequent liability for damages. Article 8:105 enables it to obtain an assurance of performance, in default of which it can terminate the contract, with the result that the other party will be considered guilty of a fundamental non-performance» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 370]. En la nota I de Derecho comparado del artículo: «[...] However, except for the UNITED STATES UCC § 2-609 no statutory provision is known which provides a general rule equivalent to Article 8:105. The provision which comes closest is CISG art. 71 which is more detailed and which entitles a party to withhold his performance when, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations. The first party must give notice of the suspension to the other party, and must continue with his performance if the other party provides adequate assurance of his performance. CISG art. 71 includes, but is not limited to, cases of insolvency. [...]» (*op. cit.* pp. 371-372).

⁴⁵⁷ En los *Comment B* y *D* del artículo III.-3:504 DCFR se contienen similares consideraciones a las de los *Comments A* y *C* del artículo 9:304 PECL; lo mismo para las notas de Derecho comparado en relación con España (*supra* nota 455) [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I, pp. 867-868, núm. 10 pp. 870-871]. Se habrá constatado que las rúbricas de los artículos 9:304 PECL y III.-3:504 DCFR no son las mismas. En el *Comment A* del artículo III.-3:504 DCFR se da la siguiente explicación: «The neutral and descriptive expression “anticipated non-performance” is used here rather than the expression “antici-

Artículo III.-3:505 DCFR: «Termination for inadequate assurance of performance

A creditor who reasonably believes that there will 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»⁴⁵⁸.

E) Artículo 116 CESL: «Resolución por incumplimiento previsible

El comprador podrá resolver el contrato *antes de que venza el cumplimiento* si el vendedor *ha declarado o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*»⁴⁵⁹ (cursiva nuestra; el artículo paralelo es el 136 CESL⁴⁶⁰).

[192] Al incumplimiento anticipado se le sitúa en un momento *anterior* al de la exigibilidad de la obligación. Pero la previsibi-

patory non-performance” which is the technical term of art in some legal systems and which is used in the UNIDROIT Principles (Article 7.3.3). “Anticipated” is more accurate in relation to the content of the present Article. *The Article does not deal with actual non-performance of a special type, requiring a special adjective. It deals with the situation where the future non-performance of a type which would justify termination is clearly anticipated.* The right of a creditor to terminate the contractual relationship in a case of anticipated fundamental non-performance is recognized in many laws. That is not so in some systems, especially those in which a contractual relationship can be terminated normally only by the decision of a court [...], but at least some of these systems have used other means to reach the same, very convenient, result» (cursiva nuestra; *op. cit.* p. 867).

⁴⁵⁸ En el *Comment A* del artículo III.-3:505 DCFR se contienen similares consideraciones a las del *Comment A* del artículo 8:105 PECL (*supra* nota 456); en este *Comment A* del DCFR también se hace referencia al artículo 2-609 del *American Uniform Commercial Code* [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I p. 871].

⁴⁵⁹ ZOLL: «[...] *The period of the delivery has not yet lapsed, but the non-performance is certain.* In such a situation it would not be reasonable to wait for the end of the period for delivery, to terminate the contract. It is much more efficient and saves the costs of the both parties to terminate the contract at the possible earliest stage –the seller has not invested too much into the performance of the contract» [cursiva nuestra; «Comentario del artículo 116 CESL» (2012) núm. 1, pp. 520-521]; «*The kind of the anticipated non-performance must justify the termination.* Generally, it must be such non-performance that fulfills the requirements for the fundamental non-performance (art. 114[1]). If the anticipated non-performance has a form of the delay, the termination is also only the possible, if such delay can be qualified as fundamental. It is not possible to apply the rules on fixing the additional period (art 115)» (*op. cit.*, núm. 5, p. 521; cursiva, negrita en el original); «*In B2C contracts, if the lack of conformity can be expected with high certainty, it is enough to terminate the contract, even if the lack of conformity is insignificant (art 114[2]). This situation is exceptional – usually the lack of conformity can be remedied until delivery, therefore the criterion of the certainty of the lack of conformity would be very seldom fulfilled*» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.* num. 6, p. 521).

⁴⁶⁰ Artículo 136 CESL: «El vendedor podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el comprador hubiera declarado, o quedase claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuere esencial». DANNEMANN: «Art 136 is based on *art III.-3:504 DCFR*, which in turn is based on art. 9:304 PECL» [cursiva, negrita en el original; «Comentario del artículo 136 CESL» (2012) núm. 4, p. 592]; «*Art 72(2) CISG and art 7.3.3 UNIDROIT PICC contain similar provisions*» (cursiva, negrita en el original; *op. cit.* núm. 6, p. 592;). V. además, *op. cit.*, núms. 9 y 10, pp. 592-593.

lidad de que el deudor incumplirá –porque notifica su voluntad de que así sucederá (cfr. art. 66 bis.2.II TRLGDCU) o no tiene capacidad para cumplir– puede producirse en *otros* momentos temporales. Por ejemplo, *cuando la obligación ya es exigible*, o *vigente la Nachfrist*. Volveremos sobre esto en el siguiente apartado 3.

2. EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO Y LOS ARTÍCULOS 66 BIS.2.II TRLGDCU, 621-41.4 PCCCAT., Y 1200.III PMCC

[193] La figura del incumplimiento anticipado va teniendo progresiva fortuna. Con diferente alcance, la recogen los siguientes textos jurídicos. (Cfr. art. 1503.I CC).

2.1 El artículo 66 bis.2.II TRLGDCU

[194] Con dicho artículo, apartado y párrafo (*supra* [57]) se transpone al Derecho español el artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE (*supra* nota 168). Lo que aquél ordena –que ante *el rechazo* por el empresario (vendedor) de la entrega del bien, *antes* de que ello le sea exigible (art. 66 bis.1 TRLGDCU)⁴⁶¹, el consumidor puede resolver la relación de compraventa– es norma jurídica razonable.

Las razones ofrecidas para explicar las paralelas normas de la CISG, los Principios UNIDROIT, los PECL, el DCFR, y el CESL (*supra* [191] A) y ss., y oportunas notas) permiten justificar la del artículo 66 bis.2.II TRLGDCU. Pues con la comunicación del vendedor de su rechazo a la entrega del bien, el consumidor tiene la *plena certeza* de que aquél incumplirá. Ante tal situación, no es jurídicamente razonable imponerle que espere el vencimiento de la obligación para reaccionar. Si se acogiere esto último –la espera al momento de la exigibilidad de la obligación– el consumidor solucionaría su problema en un posterior momento, cuando ya mismo, conocida esa voluntad de incumplir del vendedor, podría hacerlo y evitaría pérdida de tiempo y posibles incrementos de daños. Esto último –el evitarlo– lo logra el artículo 66 bis.2.II TRLGDCU.

El artículo 66 bis.2.II TRLGDCU no indica expresamente que el incumplimiento del vendedor haya ser esencial; su campo de aplicación es el del incumplimiento consistente en no llevar a cabo ningún acto de ejecución (no entrega).

⁴⁶¹ Sobre la obligación de entrega del comerciante del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, FENOY PICÓN, *ADC* (2013) [20] pp. 755-756, [26]-[28] pp. 761-767.

2.2 El artículo 621-41.4 PCCCat. El artículo 621-13.3 PCCCat.

[195] *Con un mayor alcance* al del artículo 66 bis.2.II TRLGDCU, el artículo 621-41.4 PCCCat contempla el incumplimiento anticipado/resolución. Según el último, «[e]n tot cas» – esto es, para todo tipo de incumplimiento– la relación contractual podrá resolverse anticipadamente, si la otra parte declara o evidencia de cualquier otra manera el incumplimiento *esencial* de sus obligaciones (*supra* [63]). El artículo 621-13.3 PCCCat. dispone, que si el vendedor *se ha negado a entregar el bien*, el comprador no precisa requerirle la entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias (*supra* [64]).

2.3 El artículo 1200.III PMCC. Referencia al artículo 1200.II PMCC

[196] Recientemente (2014) y de modo directo, Navarro Castro describe el sistema dispuesto en el artículo 1200, II y III, PMCC [*supra* [108] letra A]: «Si nos fijamos en esta redacción, una resolución sin más requisitos antes del vencimiento sólo está contemplada en el caso de que el deudor haya declarado su intención de no cumplir [art. 1200.III PMCC]. Sin embargo, no menciona [el art. 1200.III PMCC] los casos en los que la razón de que sea patente el incumplimiento sean circunstancias objetivas que vayan al deudor impedir cumplir. Si existe riesgo patente de incumplimiento esencial, [el art. 1200.II PMCC] permite la resolución si fijando el acreedor un plazo razonable, el deudor no cumple ni presta garantía adecuada. *Deja* [el art. 1200.II, III], *por tanto, sin resolver qué pasa si no hay riesgo patente, sino certeza absoluta de que el cumplimiento no va a tener lugar una vez llegado el vencimiento, pues no parece que en este supuesto esté justificado el otorgamiento de un plazo al deudor*» (cursiva nuestra)⁴⁶².

⁴⁶² NAVARRO CASTRO (2014) p. 100. En 2011, señalé: «La clave de diferenciación de los párrafos II y III del artículo 1200 PC [PMCC] reside en que, el párrafo II se refiere al probable futuro incumplimiento esencial del deudor (añado, con probabilidad relevante). En el párrafo II no hay plena certeza del futuro incumplimiento esencial. En cambio, en el párrafo III se presupone cierto el futuro incumplimiento del deudor. Lo dicho justifica que en el supuesto del párrafo II, el acreedor, dependiendo de cómo actúe el deudor pueda finalmente disponer del remedio de la resolución, y que en el supuesto del párrafo III, el acreedor pueda de inmediato resolver la relación contractual» [FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [90] e) p. 1593; *supra* nota 450]. Sobre el incumplimiento anticipado y la PMCC, SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2011) p. 1714; CLEMENTE MEORO, *BMJ* (2011) p. 6; GARCÍA PÉREZ, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal* (2012) núm. 7, pp. 60-70. Cfr. artículo 1485.3.º PMCC.

En el ACM, su artículo 417-1 dispone: «*Conducta ante el temor fundado de incumplimiento*/ Cuando exista un riesgo notorio de incumplimiento esencial del contrato por una de las partes y ésta no cumpla ni preste garantía adecuada de tu [*sic*; su] cumplimiento, la

3. DE NUEVO SOBRE POSIBLES MEJORAS EN LAS REGULACIONES DEL TRLGDCU Y DE LA PMCC, A PROPÓSITO DE LA NEGATIVA DEL DEUDOR DE CUMPLIR SU OBLIGACIÓN

3.1 En el TRLGDCU

[197] El artículo 66 *bis.2.II* TRLGDCU *solo* se refiere al supuesto en que, *no vencida la obligación del empresario/vendedor* (art. 66 *bis.1* TRLGDCU), este declara al consumidor que no cumplirá y éste, entonces, puede proceder a la resolución. *¿Podría el consumidor resolver la relación de compraventa si resultare que el empresario/vendedor le comunicare tal decisión vigente la Nachfrist?* En mi opinión sí. No ha de esperar al transcurso de toda la *Nachfrist* para poder resolver. Si puede resolver antes de que fuera exigible la obligación de entrega (art. 66 *bis.2.II* TRLGDCU), no vemos inconveniente en que pueda también hacerlo en este otro momento temporal (*a maiore, ad minus*). No hubiera estado de más que la solución indicada se hubiere expresamente dispuesto en el artículo 66 *bis.2.II* TRLGDCU. Es éste otro elemento a añadir en la interpretación del artículo, junto con los ya indicados *supra* [84] y ss.

3.2 En la PMCC

[198] Interpretando sistemáticamente (contextualmente) los párrafos III y I del artículo 1200 PMCC (*supra* [108]), el consumidor no ha de conceder un plazo si, *vencida la obligación*, el deudor le declara que no cumplirá. *¿Se incluye el supuesto en el que tal comunicación tiene lugar vigente la Nachfrist?* Aplicando una interpretación estrictamente literal del artículo puede haber dudas. No las hay, acogiendo la interpretación que atienda al espíritu y finalidad de la norma. Ahora bien, en su momento (*supra* [110]) propusimos la oportunidad de incorporar a la PMCC un nuevo artículo que regule la *Nachfrist* y sus efectos, y ese nuevo artículo contendría la regla de que si, vigente la *Nachfrist*, el deudor comunica que no cumplirá, el acreedor podrá ejercitar aquellos remedios por incumplimiento de los que pueda disponer de conformidad con

otra parte podrá resolver el contrato». Su antecedente es el artículo 62.3 PAMCCO 2006: «Cuando una de las partes contratantes tenga razones fundadas para creer que se va a producir un incumplimiento esencial del contrato, podrá exigir garantía adecuada de su cumplimiento, suspendiendo mientras tanto su propia prestación. Si la garantía no se otorga, podrá resolver el contrato» [FENOY PICÓN, *ADC* (2011) [92]-[93] pp. 1596-1597]. Cfr. el cambio de redacción del artículo 417-1 ACM frente al artículo 62.3 PAMCCO 2006, y compárese con el artículo 1200.II PMCC

los oportunos artículos de la PMCC. Si eso se hiciere, habría además de indicar en el propio artículo 1200.I PMCC que el acreedor también dispone de la resolución, si vigente la *Nachfrist*, el deudor le comunica que no cumplirá; pues, recuérdese, el artículo 1200.I PMCC se aplica a los incumplimientos que inicialmente no fueron esenciales⁴⁶³.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

[199] *Primera.*—La figura —de origen germano⁴⁶⁴— de la *Nachfrist* en conexión con la resolución ha sido recogida en textos del denominado moderno Derecho de contratos (CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL)⁴⁶⁵. Puede afirmarse que aquélla se ha *expandido* al ámbito de la regulación de la contratación internacional.

Segunda.—Aunque en nuestro Derecho podemos reconocer (*ir a buscar*) en algunas de sus normas la estructura de la *Nachfrist* y la resolución —porque la propia norma lo permita directamente⁴⁶⁶; porque se sea partidario de una determinada interpretación, así en relación con el requerimiento del art. 1504 CC⁴⁶⁷— lo cierto es que la resolución *general* del artículo 1124 CC no responde a dicha estructura⁴⁶⁸.

Sin embargo, es constatable una actitud favorable por algunos autores a la acogida de la *Nachfrist* y la resolución, así como por la práctica contractual⁴⁶⁹.

Tercera.—El artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU recoge, *sin duda*, un supuesto específico de *Nachfrist* y resolución para la compraventa de bienes y para el contrato de obra de cosa mueble a construir. Este dato es relevante, teniendo en cuenta lo apuntado en la anterior consideración y reconociendo que su razón de ser ha sido la necesaria transposición del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE (directiva de armonización plena) a nuestro Derecho⁴⁷⁰.

Cuarta.—Por haberse seguido la técnica de reproducir sin más —de copiar— la regulación del artículo 18.2.I TRLGDCU al Derecho nacional, la *Nachfrist* y la resolución del artículo 66 *bis*.2.I TRLGDCU

⁴⁶³ No siendo momento oportuno para desarrollarlo, sí quiero dejar apuntado que, en mi opinión, sería oportuna alguna remodelación de las materias reguladas en los artículos 1199 y 1200 PMCC.

⁴⁶⁴ *Supra* [6]-[7].

⁴⁶⁵ *Supra* [8]-[21].

⁴⁶⁶ *Supra* [23].

⁴⁶⁷ *Supra* [31]-[39], entendido como requerimiento de pago.

⁴⁶⁸ *Supra* [22], [5], [99]-[102], [174].

⁴⁶⁹ *Supra* [24], [44], [48]-[49].

⁴⁷⁰ *Supra* [23], [57], nota 168.

no es del todo completa y mi análisis ha ido en la búsqueda de completarlo. Por ello, además del tratamiento de ciertas cuestiones generales como las de *los conceptos de consumidor, empresario, y vendedor para el TRLGDCU* relacionándolos con el artículo 66 *bis* TRLGDCU⁴⁷¹, me he referido a la oportunidad de su traslado (del art. 66 *bis* TRLGDCU) al Título IV del Libro II del TRLGDCU⁴⁷², a su *ámbito objetivo*⁴⁷³ y *contractual*⁴⁷⁴; a la *terminología empleada*, la de «emplazamiento»⁴⁷⁵; a la *duración del plazo adicional* para el cumplimiento⁴⁷⁶; al problema de la fijación del *plazo adicional insuficiente* para el cumplimiento y posibles soluciones⁴⁷⁷; a la *forma* del requerimiento⁴⁷⁸; a los remedios del consumidor *vigente el plazo adicional* para el cumplimiento⁴⁷⁹; a la *resolución condicionada y automática*⁴⁸⁰; a la inclusión del *retraso no esencial y del esencial* en la entrega del bien⁴⁸¹; a los remedios del consumidor *transcurrido el plazo adicional* que fijó para el cumplimiento y según que el empresario (vendedor) hubiere o no entregado el bien⁴⁸²; y a la no necesidad de esperar el transcurso del plazo adicional, si el empresario (vendedor) comunica que no cumplirá⁴⁸³.

Quinta.—El artículo 1200.I PMCC regula la *Nachfrist* y la resolución en su regulación general del incumplimiento (arts. 1188 y ss. PMCC), con lo que se alinea con ese moderno Derecho de contratos (CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL)⁴⁸⁴. La PMCC también recoge como causa de resolución la del incumplimiento esencial (art. 1199.I).

Si la PMCC se aprobare tal cual se ha publicado, para el aspecto de cuáles son las causas de resolución por incumplimiento habría una importante novedad y cambio legislativo. Porque, en el fondo, la *Nachfrist* y la resolución viene a significar que el legislador considera que si el acreedor ha fijado al deudor un plazo suplementario de duración razonable para cumplir y el deudor no lo lleva a cabo en él, es atendible *por ley* el interés del acreedor de desvincularse del contrato.

⁴⁷¹ *Supra* [67]-[73].

⁴⁷² *Supra* [65]-[66].

⁴⁷³ *Supra* [74]-[76].

⁴⁷⁴ *Supra* [84]-[88].

⁴⁷⁵ *Supra* [90].

⁴⁷⁶ *Supra* [91].

⁴⁷⁷ *Supra* [92]-[94].

⁴⁷⁸ *Supra* [95].

⁴⁷⁹ *Supra* [96].

⁴⁸⁰ *Supra* [97].

⁴⁸¹ *Supra* [98]-[103].

⁴⁸² *Supra* [104]-[107].

⁴⁸³ *Supra* [197], y v. [194].

⁴⁸⁴ *Supra* [52], [108].

Somos partidarios de que en nuestro Derecho positivo se acoja con carácter general la *Nachfrist* y la resolución, la cual ofrece una gran seguridad jurídica a la contratación, a su puesta práctica. La acogida general de la *Nachfrist* y la resolución es un relevante cambio en la construcción y diseño normativo, si comparamos con el requisito jurisprudencial de la frustración del fin del contrato para la resolución del artículo 1124 CC, cuya determinación, si hay discusión, corresponde concretar a los tribunales.

Por su parte, en el incumplimiento esencial del artículo 1199.II PMCC se incluiría lo que conocemos como la frustración del fin del contrato.

Somos partidarios de que ambas causas de resolución se recojan en nuestro Derecho positivo, con carácter general.

Sexta.—Para el concreto análisis del artículo 1200.I PMCC nos hemos servido del previo estudio del artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU; aunque también hemos destacado las diferencias existentes entre ambos⁴⁸⁵.

Hemos apuntado *posibles mejoras* a la regulación de la PMCC. En estas consideraciones finales queremos recordar la de la inclusión en la regulación del incumplimiento y sus remedios de la PMCC de un artículo que regule la *Nachfrist* y sus efectos⁴⁸⁶. Y la inclusión en el artículo 1200 PMCC, para el incumplimiento de la falta de conformidad, de que la *Nachfrist* y la resolución cuente con el límite extremo de la falta de conformidad de escasa importancia; así como que se incluya que el acreedor pueda disponer la resolución automática de la relación contractual para el supuesto de que el deudor incumpliera⁴⁸⁷.

Séptima.—Particular mención hemos realizado de las razones justificadoras que han conducido a la creación del ACM⁴⁸⁸. Aparte de otros aspectos⁴⁸⁹, nos hemos referido a su Título Preliminar⁴⁹⁰; a su Libro IV sobre las obligaciones y contratos mercantiles en general, y en el que reside el artículo 417-2 ACM⁴⁹¹; y a su Libro V sobre los contratos mercantiles en particular, y en el que se ubica la compraventa mercantil y el contrato de obra por empresa⁴⁹².

Por su actualidad —es cuestión que se encuentra en plena ebullición— hemos dado minuciosa cuenta del intenso debate existente entre algunos autores (mercantilistas/civilistas) sobre la oportuni-

⁴⁸⁵ *Supra* [109]-[111].

⁴⁸⁶ *Supra* [110].

⁴⁸⁷ *Supra* [110]-[111].

⁴⁸⁸ *Supra* [113]-[115].

⁴⁸⁹ Por ejemplo, sobre el Libro VII del ACM, *supra* nota 351; etc.

⁴⁹⁰ *Supra* [116]-[121].

⁴⁹¹ *Supra* [122]-[126].

⁴⁹² *Supra* [127]-[133], [81]-[82], [85].

dad de la materia regulada en el Libro IV del ACM. Algunos –la mayoría civilistas– han considerado que ese Libro IV recoge aspectos que no habrían debido incluirse en él⁴⁹³. Pero también se ha criticado la amplia delimitación del ámbito de aplicación del ACM; la extensa regulación de los contratos mercantiles del Libro V; y la regulación de la prescripción y la caducidad del Libro VII del ACM. Muchos de los autores críticos con el ACM han hecho propuestas para la futura regulación del Derecho privado, de las que también hemos dado cuenta, y que se encaminan a reconducir la regulación hacia el Código civil⁴⁹⁴.

Y por su gran relevancia e intrínseco interés, hemos informado, igualmente de modo minucioso, del dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado Código Mercantil, en lo que interesaba⁴⁹⁵. Las consideraciones del Consejo de Estado han ido, en general, en la línea de lo que apuntan los autores críticos con el ACM en cuanto a la delimitación de su ámbito de actuación y a la amplitud de su contenido en la materia de las obligaciones y contratos calificados de mercantiles.

Octava.—En el Libro IV del ACM se regula la *Nachfrist* y la resolución (art. 417-2). Hemos analizado dicho artículo 417-2 ACM, sirviéndonos del previo análisis de los artículos 66 bis.2.I TRLGDCU y 1200.I PMCC⁴⁹⁶. Pero en nuestra opinión, el ACM no debería regular esa figura por formar parte de las bases de las obligaciones contractuales, materia civil y de competencia legislativa exclusiva del Estado⁴⁹⁷. *Y dicho de modo genérico* –pues no es finalidad de este trabajo el estudio concreto de toda la materia regulada en el Libro IV del ACM– en dicho Libro IV hay materia propia de las bases de las obligaciones contractuales.

Novena.—Al igual que me he manifestado en anteriores trabajos, reitero mi defensa de la oportunidad de *modernizar* la regulación de las obligaciones y los contratos. Y en la medida en que ello forme parte de las bases de las obligaciones contractuales, ello ha de hacerse en un Código civil y no en uno Mercantil. Tengo además claro que *antes* de acometer la creación de un Código Mercantil que regule las obligaciones y contratos mercantiles en la materia auténticamente especial, *ha de actualizarse el Código civil. Pues, establecido lo general, podrá determinarse lo especial en ese determinado momento evolutivo del Derecho privado.*⁴⁹⁸

⁴⁹³ *Supra* [134]-[149], además de otros números marginales del trabajo.

⁴⁹⁴ *Supra* [150]-[156].

⁴⁹⁵ *Supra* [157]-[163].

⁴⁹⁶ *Supra* [169]-[171].

⁴⁹⁷ *Supra* [172].

⁴⁹⁸ Pero GARCÍA RUBIO informa de que la PMCC «duerme el sueño de los justos, sin que parezca interesar demasiado que llegue a convertirse en un futuro inmediato en algo

La competencia civil estatal exclusiva sobre las bases de las obligaciones y los contratos ha de ser respetada por los legisladores de las Comunidades Autónomas (ajustarse al por ahora engranaje constitucional general y básico)⁴⁹⁹.

Décima.—Sobre el núcleo de la contratación con consumidores, no veo inconveniente en incorporarlo al Código civil. Y tampoco soy contraria de que una única ley recoja la contratación con consumidores, siendo su derecho supletorio el Derecho civil⁵⁰⁰.

El Derecho de protección de los consumidores ha tenido en España una vertiginosa evolución desde su oficial nacimiento —en torno a 1984, año en el que se promulgó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios— lo que ha incidido en la estructuración de su sistema —en mi opinión, aún en fase de construcción—. Compartiendo muchas de las posibles críticas que al TRLGDCU puedan hacerse, lo cierto es que comparando con la anterior etapa de gran dispersión normativa, el cambio que aquél ha llevado a cabo en nuestro Derecho ha sido notablemente a mejor. Por otro lado, por su carácter pluridisciplinar, el TRLGDCU regula materias que van más allá de la contratación con consumidores. En mi opinión, al Derecho de los contratos con consumidores le falta la última cincelada legislativa —no, en cuanto a la doctrina de los autores—. Ese último perfilamiento legal puede hacerse en el propio TRLGDCU, o en una futura reforma del Código civil. Ambas son legítimas opciones de política legislativa, con sus ventajas e inconvenientes.

La mejora del TRLGDCU supondría seguir en la senda iniciada por el legislador español, una opción que cuenta con la inercia conservadora de lo existente. Pero *la incorporación del núcleo del Derecho de contratos con consumidores al Código civil* permitiría un más fácil manejo de la legislación de las obligaciones y contratos en general y de la legislación de la contratación con consumidores. Y en esta otra senda, la PMCC avanzó notablemente y con buen hacer, si bien, a fecha de 2015, aquella habría de actualizarse y pensar sobre la oportunidad de la incorporación de otros tipos de

más que un trabajo de expertos; no obstante, conviene advertir de que la Sección [Civil de la Comisión General de Codificación] sigue trabajando en la materia, haciéndolo con especial ahínco en algunos tipos contractuales como el contrato de servicios o el de préstamo» [BMJ (2015) pp. 10-11, v. p. 25].

Sería oportuno que esos trabajos fueran publicados para su general conocimiento y análisis.

⁴⁹⁹ En el trabajo hemos dado cuenta en lo que interesaba del PCCCat. *supra* [28], [54], [61]-[64], [80], [89], [168], y de las consideraciones de BOSCH CAPDEVILA *supra* [165]-[167]; y del FN *supra* [27].

⁵⁰⁰ Aparte del específico estudio del artículo 66 *bis* TRLGDCU, en diversas ocasiones hemos dado cuenta de la contratación con consumidores, así *supra* [59]-[60], [67]-[73], [77]-[78], [119]-[121], [130], [155].

contratos con consumidores (por ejemplo, viajes combinados, y otros posibles; pues el TRLGDCU no recogió toda la contratación especial con consumidores como se nos indica en su EM, núm. I; *cf.*: DD única del TRLGDCU). Pero esta segunda opción legislativa supone cambios normativos y ya se sabe que en muchas ocasiones las propuestas de cambio han de luchar con la mochila de la dura inercia de la resistencia.

Undécima.—La *Nachfrist* y la resolución cuenta con excepciones. Una, la del incumplimiento de la obligación bajo *término esencial*, que permite al acreedor proceder a la inmediata resolución de la relación contractual. El artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU la recoge expresamente.

A fin de resaltar qué puede significar esa expresa incorporación en el artículo 66 *bis*.2 TRLGDCU, hemos comparado la misma con la aplicación del artículo 1124 CC al incumplimiento del término esencial y con la aplicación de la Ley 57/1968 (art. 3)⁵⁰¹, y nos hemos detenido en identificar la norma del Código civil en que puede reconocerse la figura del término esencial. Por ello hemos tratado del controvertido artículo 1100.II.2.º CC⁵⁰². También hemos recordado, que se ha defendido que el incumplimiento de ciertos términos esenciales conlleva la automática resolución de la relación contractual, lo que San Miguel Pradera niega⁵⁰³. Frente a lo anterior, el artículo 66 *bis*.II.2 TRLGDCU se refiere, sin género de dudas, al término esencial —al subjetivo y al objetivo— y puede interpretarse en el sentido de que recoge el modelo del ejercicio de la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor⁵⁰⁴.

Consideramos que el artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU recoge una regulación moderna del incumplimiento del término esencial, y evita los problemas interpretativos que el artículo 1100.II.2.º CC ha planteado. Dado el actual estado del tratamiento doctrinal del incumplimiento del término esencial, hemos propuesto como posible mejora de la PMCC que en ella se haga alguna expresa mención del término esencial, y que se destaque que su incumplimiento no conlleva la resolución automática de la relación contractual⁵⁰⁵.

Duodécima.—La otra excepción de la *Nachfrist* y la resolución es cuando el deudor manifiesta al acreedor que no cumplirá antes de que la obligación sea exigible. Es este el más claro supuesto de hecho de la categoría del incumplimiento anticipado. El artículo 66 *bis*.2.II TRLGDCU lo recoge. Manifestando el vendedor que

⁵⁰¹ *Supra* [174]-[176].

⁵⁰² *Supra* [178]-[182], v. también [183].

⁵⁰³ *Supra* [187].

⁵⁰⁴ *Supra* [173], [177], [184]-[185], [188].

⁵⁰⁵ *Supra* [189].

no cumplirá, el consumidor puede de inmediato resolver la relación contractual⁵⁰⁶.

El artículo 1200.III PMCC también se refiere a la negativa del deudor a cumplir, en conexión con sus párrafos I y II. Con una interpretación sistemática del propio artículo 1200 PMCC, este no incluiría el supuesto en que esa negativa tiene lugar vigente el plazo adicional para el cumplimiento. En nuestra propuesta de mejora consistente en que a la PMCC se le añada un precepto sobre la *Nachfrist* y sus efectos, hemos defendido que en él se indicare que no es preciso esperar el transcurso del plazo adicional si el deudor ha comunicado que no cumplirá (lo mismo para el art. 66 bis.2.II TRLGDCU, con el argumento *a maiore, ad minus*)⁵⁰⁷.

Decimotercera.—En la versión que hemos manejado de los PLDC, en ellos no se recoge de modo expreso la *Nachfrist* y la resolución, si bien aquellos disponen el incumplimiento esencial cuyo contenido delimitan y que permite la resolución de la relación contractual⁵⁰⁸.

Conscientes de que uno de los pilares estructuradores del proyecto de los PLDC, según nos informa Carlos Pizarro, es el de su identidad jurídica regional⁵⁰⁹, desde este lado del Atlántico resultaría interesante saber qué opinión y razones tienen sobre la oportunidad de incorporar a los PLDC la *Nachfrist*, en sí, y en su relación con el remedio de la resolución⁵¹⁰. Ya hemos indicado que para nuestro Derecho nosotros defendemos la incorporación con carácter general de la *Nachfrist* y la resolución, junto con la regla de que el incumplimiento esencial permita la resolución de la relación contractual.

BIBLIOGRAFÍA⁵¹¹

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un*

⁵⁰⁶ *Supra* [190]-[194]; y para el PCCCat. y la PMCC *supra* [195]-[196].

⁵⁰⁷ *Supra* [198], [197].

⁵⁰⁸ *Supra* [55].

⁵⁰⁹ *Supra* nota 10.

⁵¹⁰ GREGORACI FERNÁNDEZ da cuenta, en este mismo fascículo III del ADC de 2015 (sección *Vida Jurídica*), de un Congreso sobre los PLDC, celebrado el pasado 25 de junio en el *Keble College* de Oxford a iniciativa del *Institute of European and Comparative Law* y promovido por el *Professor* Stefan Vogenauer, y el Dr. Rodrigo Momberg [agradezco a la autora que me haya facilitado su trabajo, titulado «“The Future of Contract Law in Latin America”. 25 de junio de 2015. Institute of European and Comparative Law. University of Oxford (Reino Unido)», v. núms. 1 y 3]. En su información sobre la Ponencia del profesor Alejandro Garro («*Remedial choices under the Principles of Latin American Contract Law*»), GREGORACI FERNÁNDEZ señala que, entre otras ideas, Alejandro Garro indicó «[...] (e) la ausencia de un sistema de *Nachfrist* en los PLDC y la oportunidad de incluirlo; [...]» (v. núm. 7.3).

⁵¹¹ Es cada vez más numerosa la Bibliografía sobre el ACM y su coordinación con el Derecho civil, y, cerrado el trabajo, se publicó: (1) libro *Codificaciones del Derecho*

- Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 299-313.
- ANDREU MARTÍNEZ, Belén: *El acreedor a término*, ed. Comares (2003).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del Derecho de consumo español», en *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*, dirs. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Concepción Rodríguez Marín, coord. Ana López Frías, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 239-293.
- «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, N.º 8172, Sección doctrina, 17.10.2013, Año XXXIV, ref. D-352.
- «Comentario del artículo 1583 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VIII (Arts. 1485 a 1759) dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Tirant lo Blanch Tratado (2013) pp. 11171-11203.
- «Comentario del artículo 1588 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VIII (Arts. 1485 a 1759) dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Tirant lo Blanch Tratado (2013) pp. 11215-11231.
- ALCALDE SILVA, Jaime: «Comentario sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio español en la Parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2.º semestre (2011) pp. 39-92.
- ALFONSO X: *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, tomo III, *Partida quarta, quinta, sexta y séptima*, de orden y a expensas de S. M., Madrid en la imprenta Real, año de 1807.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Comentario del artículo 1504 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VIII (Arts. 1485 a 1759), dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Tirant lo Blanch (2013) pp. 10646-10656.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Presentación del Anteproyecto de Código mercantil», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 37-54.
- «La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *RDM*, núm. 289, Julio-Septiembre (2013) pp. 35-42.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Introducción», en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, dir. Esteve Bosch Capdevila, ed. Bosch (2012) pp. 25-29.
- «Introducción», en *Derecho contractual europeo, problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, ed. Bosch (2009) pp. 23-29.
- BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada: *La suspensión del precio en la compraventa*, ed. tirant Monografías (1999).

privado en el siglo XXI, dir. Encarna Roca Trías, coord. M.ª del Carmen Cazorla González-Serrano, ed. Civitas/Thomson Reuters (2015), prologado por Roca Trías, y con contribuciones de Alfaro Águila-Real, Alonso Ledesma, Cañizares Laso, García Rubio, Gómez Pomar, Sánchez-Calero Guilarte, Schulze; (2) el artículo de revista de GARCÍA-CRUCES, «Unidad del mercado y doctrina iusprivatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)», *BMJ*, año LXIX, núm. 2181, septiembre (2015) 31 pp.

Y para las condiciones generales de la contratación (*supra* [137]), PÉREZ ESCOLAR, «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil», *ADC* (2015), pp. 409-480 [en lo que nos interesa, v. pp. 411-414, 460-467]. Y para los PLDC, GREGORACI FERNÁNDEZ, cuyo trabajo se citó en la anterior nota 510.

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «Comentario del artículo 71 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas (1998) pp. 560-568.
- «Comentario del artículo 72 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas (1998) pp. 569-573.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La codificación del Derecho de consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo (2015) pp. 105-151.
- «Comentario del artículo 1 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 77-97.
- «Comentario del artículo 2 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 97-102.
- «Comentario del artículo 3 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 102-148.
- «Comentario del artículo 4 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 154-169.
- «Comentario del artículo 5 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 169-185.
- «Comentario del artículo 7 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 194-199.
- «Comentario del artículo 59 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 475-483.
- *El Arrendamiento de Bienes Muebles*, ed. Thomson/Aranzadi (2008).
- CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, ed. Montecorvo, S. A. (1979).
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU, Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2014) núm. 9, pp. 33-48; v. del autor también «Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de la LGDCU, Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo», *Centro de Estudios de Consumo*, fecha de publicación: 20 de noviembre de 2013.
- *Derecho de Contratos*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters (2010).
- CHEN-WISHART, Mindy/MAGNUS, Ulrich: «Termination, Price Reduction, and Damages», en *The Common European Sales Law in Context, Interactions*

- with English and German Law*, ed. Gerhard Dannemann/Stefan Vogenauer, Oxford University Press (2013) pp. 647-686.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coords. Isabel González Pakanowska/Carmen Leonor García Pérez, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 319-337.
- «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*, año LXV, núm. 2131, mayo (2011) 16 pp.
- *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles, especial consideración a la resolución por impago del precio y a la declaración de concurso del comprador*, ed. Bosch (2009).
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, ed. Tirant lo Blanch (1998).
- CONSEJO DEL ESTADO: *Dictamen sobre un Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, núm. 837 (2014); se cita el original que el Consejo de Estado envió, previa petición; pero dicho Dictamen está publicado en la página web oficial del BOE, documento CE-D-2014-837, con distinta paginación.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL): *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Suplemento*, Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL): *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, 2.ª edición*, Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2013) [ISBN 978-84-7787-155-2]. Cit. PCM2.^a
- *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* (1.ª ed.), Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2013) [ISBN 978-84-7787-220-7]. Cit. PM1.^a
- «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618.
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Prepared by the Commission on European Contract Law, Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Citado LANDO/BEALE (ed.) (2000).
- CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen del Consejo de Estado en Pleno*, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015, sobre el expediente relativo a un anteproyecto de Ley de Código Mercantil, núm. 837/2014.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «¿Protección sectorial y protección consumerista general? De minimis y de maximus. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9 (2014) pp. 1-8.
- «¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 108-115.
- DANNEMANN, Gerhard: «Comentario del artículo 135 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, ed. Reiner Schulze, C. H. Beck/Hart/Nomos (2012) pp. 588-591.
- «Comentario del artículo 136 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, ed. Reiner Schulze, C. H. Beck/Hart/Nomos (2012) pp. 591-593.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España, Parte general*, tomo I, *Libro preliminar, Introducción al Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid (1949); reproducción facsimilar, ed. Civitas (1984).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Elementos de Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.^o, *Parte general, delito y cuasi delito*, por José Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida, Jesús Delgado Echeverría, y Francisco Rivero Hernández, 2.^a ed., ed. Librería Bosch (1985) § 23 pp. 245 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., ed. Thomson/Civitas (2008).
- «Comentario del artículo 63 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas (1998) pp. 499-502.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: «Contrato de transporte terrestre y aéreo», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 523-538.
- ELIZALDE, Francisco de: «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil», *InDret* (3/2014) 40 pp.
- ESCARTÍN IPIENS, José A.: «Contrato de servicios», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo III-1, *Derecho patrimonial I* (2012) pp. 601-659.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, ed. Civitas/Thomson Reuters (2009).
- FENOY PICÓN, Nieves: «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC* (2013) pp. 717-836.
- «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en *The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications*, ed. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, Sellier European Law Publishers (2013) pp. 397-430.
- «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: Los remedios del incumplimiento», *ADC* (2011) pp. 1481-1684.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* (2010) pp. 47-136.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- *El sistema de protección del comprador*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2006).
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales (1996).
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «Lección 1, El turismo como fenómeno objeto de regulación», en *Manual de contratación turística*, dir. Juan Franch Fluxá, ed. Atelier (2015) pp. 19-37.
- FRANCH FLUXÁ, Juan: «Lección 3, Contratos turísticos», en *Manual de contratación turística*, dir. Juan Franch Fluxá, ed. Atelier (2015) pp. 67-88.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina: «Comentario del artículo 17 de la Directiva 2011/83/UE», en *Contratos a distancia y contratos fuera del estableci-*

- miento mercantil, *Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, dir. Silvia Díaz Alabart, coord. M.^a Teresa Álvarez Moreno, ed. Reus (2014) pp. 427-429.
- «Comentario del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE», en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil, Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, dir. Silvia Díaz Alabart, coord. M.^a Teresa Álvarez Moreno, ed. Reus (2014) pp. 431-460.
- GALLEGO, Esperanza: «Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 343-366.
- «La compraventa mercantil», *RDM*, núm. 287, Enero-Marzo (2013) pp. 9-26.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildenfonso L.: *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, primera parte Instituta.- Digesto, ed. facsímil, ed. Lex Nova (1889).
- GARCÍA GOYENA, Florencio: «Comentario del artículo 1007 PCC 1851», en *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español (1852)* reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, pp. 539-541.
- «Comentario del artículo 1433 PCC 1851», en *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español (1852)* reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, pp. 759-760.
- GARCÍA-PITA, José Luis: «La prescripción y la caducidad en el Libro VII en la “Propuesta de Código Mercantil”», *RDM*, núm. 291, Enero-Marzo (2014) pp. 33-75.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «El incumplimiento anticipado o previsible (“anticipated non performance”) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, noviembre (2012) núm. 7, pp. 37-74.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos», *BMJ*, año LXIX, núm. 2178, mayo (2015), 30 pp., www.mjusticia.es/bmj.
- «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm 1 (enero-marzo, 2014) pp. 7-27.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, tomo II, *Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, dir. Rodrigo Bercovitz-Cano, coords. Nieves Moralejo Imbernón/Susana Quicios Molina (2013) 2.^a ed., pp. 1629-1790.
- «Comentario del artículo 59 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (2009) pp. 758-765.

- GAYA SICILIA, Regina: *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española*, ed. Tecnos (1989).
- GETE-ALONSO CALERA, M.^a del Carmen: «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre (2014) pp. 27-65.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Las defensas del deudor solidario en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Luis Díez-Picazo, vol. I, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 1565-1584.
- «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC* (2012) pp. 29-102.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Un nuevo Código», Editorial, *InDret* (3/2013).
- GÓMEZ POMAR, Fernando/GILI SALDAÑA, Marian: «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *ADC* (2014) pp. 1199-1252.
- GONDRA, José María: «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad del mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 27-51.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coords. Isabel González Pakanowska/Carmen Leonor García Pérez, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 291-317.
- «Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercoiútz*, tomo II, dir. Ángel Carrasco Perera (2013) pp. 1275-1283.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, trabajo inédito, de próxima publicación; la autora ha tenido la amabilidad de permitirme su consulta (en 2015), lo que le agradezco.
- GRUPO ACTUALIZA: «Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo ACTUALIZA», *ADC* (2014) pp. 219-225.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Comentario del artículo 27 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirs. Fernando Crespo Allúe/Vicente Guilarte Gutiérrez, ed. Lex Nova/Thomson Reuters, 1.^a ed. abril (2014) pp. 652-724.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó Estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo 4.º, 1.^a ed. (1869).
- HONNOLD, John: «Comentario del artículo 47 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* (1987 de la trad.) pp. 333-337.
- «Comentario del artículo 49 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* (1987 de la trad.) pp. 345-352.
- «Comentario del artículo 71 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* (1987 de la trad.) pp. 429-437.

- «Comentario del artículo 72 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventa internacional (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* (1987 de la trad.) pp. 438-441.
- ILLESCAS, Rafael: «Electronificación y condiciones generales», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 327-340.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio (1965) pp. 1-55.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», *ADC* (2012) pp. 551-584.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, ed. Civitas (1992).
- JUÁREZ TORREJON, Ángel: *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, ed. Tirant lo Blanch (2015).
- «El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo», *RDP*, mayo-junio (2014) pp. 3-37.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación Española, 4, Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación (1970).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario del artículo 47 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas (1998) pp. 423-426.
- «Comentario del artículo 49 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas (1998) pp. 435-444.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert (trad.)/BECKMANN, Jochen (rev.): «§ 323 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, ed. Marcial Pons (2008).
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a del Carmen: «Vivienda y crisis económica: cláusulas abusivas y retrasos en la finalización de las obras», en *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*, dirs. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Concepción Rodríguez Marín, coord. Ana López Frías, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 1105-1121.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «El contrato a favor de tercero en la propuesta de modernización del Código civil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Luis Díez-Picazo, vol. I, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 1793-1816.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles», *RCDI*, núm. 608, enero-febrero (1993) pp. 63-142.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario del artículo 1100 CC», *Comentarios al Código civil español, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, tomo VIII (1901) pp. 54-60.
- «Comentario del artículo 1504 CC», *Comentarios al Código civil español, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, tomo X (1905) pp. 262-267.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9 (2014) pp. 9-16.
- «Falta de conformidad en la obra mueble ejecutada y derechos del comitente consumidor», en *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*, dirs. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Concepción Rodríguez Marín, coord. Ana López Frías, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 459-500.
- «Comentario del artículo 115 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (2009) pp. 1419-1437.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Curso de Derecho civil (II) Derecho de Obligaciones*, coord. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, 4.ª ed., ed. Colex (2014).
- MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora/VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil», *RDM*, núm. 293, Julio-Septiembre, (2014) pp. 37-81.
- MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia: «La regulación de los contratos turísticos en la Propuesta de Código Mercantil de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 469-481.
- MARTÍNEZ-SARRIÓN, A.: «Repercusiones prácticas de escrituras notariales», *RDP* (1964) pp. 183-207.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil-Código de comercio?», en *Derecho contractual europeo, problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, ed. Bosch (2009) pp. 509-524.
- MASSAGUER, José: «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código mercantil», *RDM*, núm. 293, Julio-Septiembre (2014) pp. 13-36.
- MELÓN INFANTE, Carlos: *Código civil alemán (BGB), traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, prólogo del Dr. D. Antonio Hernández Gil, Barcelona (1955), en *Tratado de Derecho civil*, por Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolf, *Apéndice Código civil alemán (BGB)*.
- MINISTERIO DE JUSTICIA/MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, C. M. 30/05/2014: «Anteproyecto de Ley del Código Mercantil».
- MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal: «La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles», en *Estudios de Derecho de obligaciones, en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II, coord. Eugenio Llamas Pombo, ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer (2006) pp. 429-447.
- *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Cedecs Editorial (1999).
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV. Vol. 1.º, arts. 1088 a 1124 del Código civil (1989) pp. 1171-1255.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coords. Isabel González Pakanowska/Carmen Leonor García Pérez, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 23-46.

- «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *ADC* (2014) pp. 227-254.
- «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 11 de abril de 2011, en *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (2011) pp. 457-475.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón M.: «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código civil)», *ADC* (1971) pp. 481-529.
- MUNAR BERNAT, Pedro: «Comentario del artículo 13 de la Ley 42/1998», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 1660-1663.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coords. Isabel González Pakanowska/Carmen Leonor García Pérez, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 95-117.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014) pp. 37-66.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco/GONZÁLEZ ORTIZ, Diego: «El contrato de compraventa (3). La compraventa de bienes de consumo», *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, tomo I, *Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, dir. Mariano Yzquierdo Tolsada, ed. Thomson Reuters, junio (2014) pp. 327-431.
- OLIVENCIA, Manuel: «Delimitación de la materia mercantil», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 57-67.
- «El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 11-25.
- OTAZU SERRANO, M.^a José: «Comentario de la Ley 486 FN», en *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. Enrique Rubio Torrano, Gobierno de Navarra/Aranzadi a Thomson Company (2002) pp. 1631-1637.
- «Comentario de la Ley 487 FN», en *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. Enrique Rubio Torrano, Gobierno de Navarra/Aranzadi a Thomson Company (2002) pp. 1637-1639.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *ADC* (2011) pp. 897-929.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993) pp. 1719-1745.
- PAZ-ARES, Cándido: «La codificación del Derecho de la competencia: valoración general», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 251-256.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: «Comentario de la STS 04.07.2011: Forma del requerimiento en la resolución de la compraventa de bienes inmuebles con pago aplazado del precio», *CCJC*, núm. 89, mayo-agosto (2012) pp. 291-308.

- «Comentario a la STS de 17 de julio de 2009. Cumplimiento del contrato. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio. Eficacia de la resolución practicada extrajudicialmente. Forma del requerimiento resolutorio. Validez del realizado por otros medios fehacientes diferentes al judicial o notarial exigido en el Código Civil», *CCJC*, núm. 84, septiembre-diciembre (2010) pp. 1417-1428.
- *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*, ed. Aranzadi (2001).
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, ed. Dykinson (2013).
- PIZARRO WILSON, Carlos: «Presentación», en *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos Principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, Fondation pour le Droit Continental, Paris, France/Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile/Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile (2012) pp. 15-17.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario del artículo 27 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 6.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi (2013) pp. 877-951.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan: «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Notas para una reflexión)», en *Derecho de Obligaciones, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012*, editum, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia (2013) pp. 193-279.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2132, junio (2011) 23 pp.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Algunos aspectos de la “Lex commisoría”», *RCDI*, núm. 464 (1968) pp. 49-106.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel: «El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil», *Diario La Ley*, n.º 8486, Sección Columna, 23.02.2015, 14 pp.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, ed. Marcial Pons (2013).
- ROJO, Ángel: «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado», *RDM*, núm. 291, Enero-Marzo (2014) pp. 127-142.
- ROVIRA JAÉN, Francisco Javier: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, ed. Civitas (1996).
- «El pacto de la “Lex Commisoria” en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno», *ADC* (1993) pp. 1153-1310.
- «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, año XLIII, nov.-dic., núm. 463 (1967) pp. 1673-1690.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC* (2011) pp. 1685-1724.
- «La modernización del Derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los Ordenamientos español y chileno», *Incumplimiento contractual, Nuevas perspectivas*, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado VII, ed. Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho (2011) pp. 107-170.
- «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova (2010) pp. 1247-1251.

- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2004).
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Prescripción y caducidad en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 639-652.
- SCAEVOLA, Q. MUCIUS: «Comentario del artículo 1100 CC», *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XIX (1902) pp. 449-474.
- «Comentario del artículo 1504 CCC», *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, Artículos 1445 a 1541 (1906) pp. 731-737.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo F.: *Los contratos de servicio: su construcción como categoría, y el derecho del cliente al cumplimiento*, tesis doctoral, leída el 20 de junio de 2014, Universidad Autónoma de Madrid, dir. Nieves Fenoy Picón.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin/SILKENS, Eva: «Breach of Contract», en *European Perspectives on the Common European Sales Law*, eds. Javier Plaza Penadés/Luz M. Martínez Velencoso, *Studies in European Economic Law and Regulation 4*, Springer (2015) pp. 111-135.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/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*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. I, Sellier (2009). Citado: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. I.
- TENA, Rodrigo: «Un código nuevo en odres viejos», *RDM*, núm. 290, Octubre-Diciembre (2013) pp. 69-82.
- TENA PIAZUELO, Isaac/GALÁN SÁNCHEZ, Rosa M.ª: «El contrato de compraventa (2) La compraventa de inmuebles», en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, tomo I, *Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, dir. Mariano Yzquierdo Tolsada, ed. Thomson Reuters, junio (2014) pp. 213-326.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario del artículo 115 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 1063-1070.
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A. M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi. Citado: Principios UNIDROIT (2004).
- VAQUERO PINTO, M.ª José: «Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, dir. Ángel Carrasco Perera, tomo II, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2013) pp. 1653-1664.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, coords. Isabel González Pakanowska/Carmen Leonor García Pérez, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 47-94.
- VÉRGEZ, Mercedes: «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “Propuesta de Código mercantil”», *RDM*, núm. 292,

- Abril-Junio (2014) pp. 11-21; también en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 315-326.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «La protección del comitente en los textos normativos del Derecho europeo: proyección en el Derecho español», en *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*, dirs. Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Concepción Rodríguez Marín, coord. Ana López Frías, ed. Thomson Reuters/Aranzadi (2014) pp. 45-159.
- ZOLL, Fryderyk: «Comentario del artículo 115 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, ed. Reiner Schulze, C. H. Beck/Hart/Nomos (2012) pp. 518-520.
- «Comentario del artículo 116 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, ed. Reiner Schulze, C. H. Beck/Hart/Nomos (2012) pp. 520-521.