

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

Departamento de Derecho Privado

Doctorado en Derecho Privado

TESIS DOCTORAL

**UTILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE
CONTRATOS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES**

Doctorando: José Antonio Jiménez Buendía

Directora: Prof. Dra. TERESA GIMÉNEZ-CANDELA

Catedrática de Derecho Romano

Bellaterra, 2014

A mi padre

El presente trabajo, ha podido llevarse a cabo gracias a la financiación del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2010-2013) bajo el título: "Animales, Derecho y Sociedad: desde el Derecho Romano a la Sociedad Global".

AGRADECIMIENTOS

Formulo mis más sinceros agradecimientos, en primer lugar, a mi Maestra y Directora, Prof. Dra. Teresa Giménez-Candela, admirable jurista y docente sin cuyas enseñanzas y capacidad intelectual, en especial en sus instrucciones, la elaboración de esta tesis habría sido imposible. Ha sido una honra sin par haber sido dirigido y orientado por su inagotable fuente de saber. Gracias, de todo corazón, por su confianza.

Mi reconocimiento y gratitud también a los miembros del Tribunal en la presentación de mi tesina, que con el mismo título me sirviera de paso intermedio, y en especial al Prof. Dr. Eliseo Sierra Noguero, por sus interesantes observaciones y recomendaciones de estudio, propias de su gran saber jurídico.

También mi reconocimiento y sincera gratitud a mi querido amigo y compañero en la investigación, Carlos-Andrés Contreras López, con quién inicié el Doctorado, por su ayuda y apoyo incondicional en estos años de trabajo.

Y, por supuesto, también mi sincero agradecimiento a la Universidad Autónoma de Barcelona, y en especial a sus Departamentos de Derecho Privado y de Derecho Público y Ciencias Histórico Jurídicas, con particular estima a su personal administrativo, por su siempre pronta y excelente colaboración.

RESUMEN

La tesis doctoral es el resultado de la investigación llevada a cabo en relación a toda una serie de sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de los tribunales de las Audiencias Provinciales que han utilizado en sus resoluciones los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que, como se sabe, es un texto articulado de reglas con vocación de servir para la armonización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos en los Estados miembros de la UE, pero sin fuerza vinculante alguna, por cuanto que no es fuente de nuestro ordenamiento jurídico.

El método de trabajo en esta investigación ha consistido en comparar la doctrina legal y jurisprudencial tradicional de la materia en cuestión, con las enseñanzas y con la interpretación actual dada por estas sentencias a la luz de la utilización y aplicación de estos Principios en sus argumentos, comprobando si realmente ofrecen un punto de partida para un cambio de sentido de la doctrina tradicional, o más bien sirven de refuerzo de sus argumentos tradicionales.

La conclusión final resultante es que, por ahora, después de haber utilizado ya reglas de todos sus capítulos, lo que se viene confirmando es que con uso de otros principios de nuestro propio ordenamiento jurídico ya se estaban consiguiendo esas nuevas tendencias doctrinales que el propio Tribunal Supremo califica de modernas.

ABSTRACT

The doctoral thesis is the result of research carried out in relation to a series of Supreme Court decisions of the High Courts of Justice and the courts of the Provincial Courts have used in its resolutions the Principles of European Contract Law (PECL), which, as is known, is an articulated rules text with spirit of service to the harmonization and unification of the law of obligations and contracts in the Member States of the EU, but without any binding force, in that no is the source of our legal system.

The working method in this research has been to compare the traditional legal and jurisprudential doctrine of subject matter, with the teachings and the current interpretation of these statements in light of the use and application of these principles in their arguments, checking whether they actually provide a starting point for a reversal of the traditional doctrine, or rather serves to assist their traditional arguments.

The resulting final conclusion is that, for now, having already used rules all its chapters, which has been confirmed is that with use of other principles of our own legal system were already getting these new doctrinal trends that the Court itself modern Supreme qualify.

INDICE SUMARIO

INDICE DE ABREVIATURAS	17
I.- INTRODUCCIÓN.....	21
II. UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA UE.....	25
A) Referencia al proceso de construcción de la UE.....	25
B) Unificación del Derecho Privado en Europa: antecedentes	27
C) Impulsos de armonización y/o unificación	29
III.- LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)	49
A. Iniciativas académicas de armonización y/o unificación del Derecho privado europeo.....	49
B. Los PECL	52
IV.- UTILIZACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEL ART. 6:111 PECL. Cambio de circunstancias (cláusula <i>rebus sic stantibus</i>).....	63
A. Planteamiento del problema y principios en juego.....	65
B. El contrato y la relación contractual.....	73
C. La alteración de las circunstancias con efectos en la relación contractual: construcción doctrinal en la teoría general.....	76
1. Construcción en el ordenamiento jurídico español.....	78
a) Especial referencia a la ley 493.2 (in fine) y 3 de la Compilación Navarra (Fuero Nuevo).....	78
b) Cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	89
2. Construcción en los ordenamientos de nuestro entorno.....	100
a) Teoría de la presuposición.....	101
b) Teoría de la base del negocio.....	103
c) Teoría de Larenz de la base subjetiva y objetiva del negocio.....	105
d) Otras teorías.....	114
3. Construcción jurisprudencial en el Derecho español de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	116
a) Formulación tradicional y actual de la cláusula por el Tribunal Supremo: síntesis.....	117
b) El art. 6:111 PECL: texto, comentarios y notas de sus redactores.....	128
c) Requisitos para la aplicación del art. 6:111 PECL	136
d) Soluciones que ofrece el procedimiento del art. 6:111 PECL.....	138
4. Utilización de la regla del art. 6:111 PECL por los tribunales españoles.	139
a) Sentencias del Tribunal Supremo que aplican el art. 6:111 PECL.....	139

i) STS (Sala civil) de 17 de enero de 2013 (ROJ STS 1013/2013). Ponente: Francisco Marín Castán.....	139
ii) STS (Sala civil) de 18 de enero de 2013 (ROJ STS 679/2013). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.....	146
iii) STS (Sala civil) de 13 de febrero de 2013 (ROJ STS 598/2013). Ponente: Francisco Marín Castán.....	153
iv) STS (Sala civil) de 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2247/2013). Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz.....	156
v) STS (Sala civil) de 29 de octubre de 2013 (ROJ STS 5479/2013). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.....	158
vi) STS (Sala civil) de 18 de enero de 2012 (RJ\2012\1604). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.....	161
b) Sentencias de las Audiencias Provinciales.....	162
i) SAP SEVILLA (sección 5ª) de 4 de junio de 2013 (ROJ SAP SE 1792/2013). Ponente: José Herrera Tagua.....	162
ii) SAP TARRAGONA (sección 3ª) de 16 de julio de 2013 (ROJ SAP T 1363/2013). Ponente: Manuel Galán Sánchez.....	165
iii) SAP VALENCIA (sección 6ª) de 7 de febrero de 2013 (ROJ SAP V 1904/2013). Ponente: María Mestre Ramos.....	168
iv) SAP ZAMORA (sección 1ª) de 28 de octubre de 2013 (ROJ ZA 361/2013). Ponente: Luis Brualla Santos-Funcia.....	170
v) SAP ZARAGOZA (sección 4) de 22 de marzo de 2010 (ROJ Z 441/2010). Ponente: Juan Ignacio Medrano Sánchez.....	173
c) Análisis de compatibilidad con el Derecho español.....	174
V. UTILIZACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LAS REGLAS SOBRE INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO.....	179
A. Introducción.....	179
B. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.....	184
1. Cumplimiento de la prestación obligacional.....	185
2. Incumplimiento de la prestación obligacional: tipos y mecanismos de reacción.....	194
C. Construcción jurisprudencial del incumplimiento contractual en el Derecho español.....	204
1. Formulación tradicional y evolución.....	204
2. Regulación del incumplimiento y sus efectos en los PECL.....	216
a) Capítulo 8 PECL. Incumplimiento contractual y medios de tutela en general.....	218
b) Capítulo 9 PECL. Remedios específicos en caso de incumplimiento.....	223
D. Utilización de las reglas de los capítulos 8 y 9 de los PECL por los Tribunales españoles.....	234

1. Sentencias del Tribunal Supremo	234
(i) STS 10 octubre 2005 (ROJ STS 6005/2005) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías	234
(ii) STS 05 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías	236
(iii) STS 20 de julio de 2006 (ROJ STS 6030/2006) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos	241
iv) STS 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 6429/2006) - artículo 8:103 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos	247
v) STS 22 de diciembre de 2006 (ROJ STS 7943/2006) - artículo 8:103 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.....	254
vi) STS 23 de julio de 2007 (ROJ STS 5404/2007) - artículos 8:106 – 8:108 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.....	257
vii) STS 30 de octubre de 2008 (ROJ STS 5816/2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos	259
viii) STS 3 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6859 /2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías	266
ix) STS 17 de diciembre de 2008 (ROJ STS 7033 /2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías	270
x) STS 16 de diciembre de 2009 (ROJ STS 8154/2009) - Ponente: Encarnación Roca Trías	273
xi) STS 5 de octubre de 2010 (ROJ STS 5144/2010- Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	275
xii) STS 18 de octubre de 2011 (ROJ STS 8013 /2011) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	276
xiii) STS 17 de enero de 2012 (ROJ STS 200/2012) – art. 9:509 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	277
xiv) STS 16 de mayo de 2012 (ROJ STS 4009 /2012) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	279
xv) STS 30 de julio de 2012 (ROJ STS 6079/2012) – artículos 8:013 y 9:305 (1) PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.....	281
xvi) STS 5 de septiembre de 2012 (ROJ STS 6730/2012) – artículos 8:013 y 9:301 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.....	283
xvii) STS 31 de enero de 2013 (ROJ STS 1135/2013) – artículos 8:013 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	284
xviii) STS 11 de febrero de 2013 (ROJ STS 343/2013) – Ponente: José Antonio Seijas Quintana	289
xix) STS 26 de febrero de 2013 (ROJ STS 3114/2013) – artículos 8:013 (b); 9:301 (1); 9:304 y 9:505 (1) PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos	291

xx) STS 12 de marzo de 2013 (ROJ STS 1146/2013) – artículo 8:013 PECL – Ponente: Ignacio Sancho Gargallo	293
xxi) STS 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2247/2013) – artículos 8:013 (citada solo por el recurrente en su motivo de casación) – Ponente: Xavier O’Callghan Muñoz.....	296
xxii) STS 9 de julio de 2013 (ROJ STS 3878/2013) – artículos 9:304, 9:505 (1) PECL – Ponente: Sebastián Sastre Papiol.....	297
xxiii) STS 18 de julio de 2013 (ROJ STS 4245/2013) – artículos 8:103, 9:304 y 9:505 PECL- Ponente: Rafael Saraza Jimena	298
xxiv) STS 9 de octubre de 2013 (ROJ STS 5066/2013) – artículos 8:103 PECL – Ponente: Rafael Saraza Jimena	303
xxv) ATS de 21 de enero de 2014 (ROJ ATS 197/2014) – Ponente: Francisco Marín Castán	308
2. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia	311
i) STSJ Navarra 5 julio 2007 (ROJ STSJ NAV 449/2007) – Ponente: Juan Manuel Fernández Martínez	311
ii) STSJ Navarra de 12 de marzo de 2012 (ROJ STS NAV 282/2012) – Ponente: Juan Manuel Fernández Martínez	314
iii) STSJ Cataluña de 7 de marzo de 2013 (ROJ STSJ CAT 2858/2013)- Ponente: María Eugenia Alegret Burgués	316
iv) STSJ Navarra de 21 de enero de 2010 (ROJ STSJ NAV 58/2010)- Ponente: Francisco Javier Fernández Urzainqui	318
3. Aplicación de estas reglas por los Tribunales de las Audiencias Provinciales.....	320
4. Análisis y compatibilidad con el Derecho español.....	323
VI. OTROS CASOS DE APLICACIÓN DE LOS PECL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	331
A. Del capítulo 1 (deberes generales)	331
1. Art. 1:201 (buena fe): SSTS 4 julio 2006, 11 julio 1006, 12 diciembre 2011 y 20 enero 2014.....	331
a) STS de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080; ROJ: STS 4079/2006)- Ponente: Encarnación Roca Trías	337
b) STS de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 4977; ROJ 4453, 2006)- Ponente: Encarnación Roca Trías	342
c) STS de 12 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8594/2011) – Ponente: Encarnación Roca Trías.....	345
d) STS Pleno 840/2014, de 20 de enero (RJ 2014, 781) (ROJ STS 354/2014) – Ponente: Ignacio Sancho Gargallo	346
2. Art. 1:302 (definición de lo razonable): SAP Baleares 4 septiembre 2007- Ponente: Carlos Gómez Martínez.....	361
B. Del capítulo 2 (formación del contrato).....	366

1. Arts. 2:104 (condiciones para la conclusión de un contrato) y 2:103 (acuerdo suficiente): STS 7 junio 2011 – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.	366
2. Art. 2:102 (intención): SAP Barcelona de 28 de enero de 2010 y SAP de Granada de 30 de octubre de 2009.....	368
3. Art. 2:202 (revocación de la oferta): STS de 17 de septiembre de 2013 (ROJ 4812/2013) – Ponente: Rafael Saraza Jimena.	371
4. Art. 2:204 (aceptación): STS de 21 de octubre de 2011 y STS 242/2012, de 24 de abril – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.....	372
5. Arts. 2:205 (momento de la conclusión del contrato) y 2:206 (plazo de aceptación): STS 552/2010, de 17 de septiembre – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.....	374
C. Del capítulo 3 (poder de representación, conflicto de intereses): SAP Baleares (Sección 3ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007, 318170) – Ponente: Carlos Gómez Martínez	378
D. Del capítulo 4 (validez del contrato): art. 4:109 (beneficio exclusivo o ventaja injusta: SSTs 16 febrero 2010, 24 junio 2011; STSJ Cataluña (Sala Social) 12 julio 2012; y Sentencias varias Audiencias Provinciales	384
a) STS de 16 de febrero de 2010 (ROJ STS 554/2010)	386
b) STS (Sala de lo Social) de 24 de junio de 2011 (ROJ STS 5875/2011)- Ponente: J. M. López García de la Serrana.....	388
c) STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 12 julio 2012 (ROJ STSJ CAT 8088/2012) – Ponente Miguel Ángel Falguera Baró	390
d) SAP Tenerife de 1 de octubre de 2008 (ROJ SAP TF 1962/2008).	391
e) SAP Tenerife de 30 de junio de 2010 2010 (ROJ SAP TF 718/2010).	391
f) SAP Tenerife de 22 de noviembre de 2012 (ROJ SAP TF 2668/2012)	391
f) SAP Tenerife de 4 de junio de 2013 (JUR 2013, 246486).	392
g) SSAP Asturias 397/2012, de 26 de octubre (JUR 2012, 371152), 405/2012, de 30 de octubre (JUR 2012, 3977225), y 412/2012, de 31 de octubre (JUR 2012, 399310)	392
D. Del capítulo 5 (interpretación del contrato).....	393
1. Arts. 5:101 (reglas generales de interpretación)	393
2. Art. 5:102 PECL (circunstancias relevantes).....	399
3. Art. 5:103 (regla <i>contra proferentem</i>)	405
4. Art. 5:106 (interpretación útil).....	410
E. Del capítulo 6 (contenido y efectos de los contratos)	419
1. Art. 6:104 (determinación del precio)	419
2. Art. 6:106 – Determinación por un tercero	426
3. Art. 6:109 (contrato de duración indefinida).....	428
G. Del capítulo 7 (pago o cumplimiento). Art. 7:103 (cumplimiento anticipado): STS 27 septiembre 2006 – Ponente: Encarnación Roca Trías	429

H. Del capítulo 10 (pluralidad de sujetos). Art. 10:102 (pluralidad de deudores): SSTS 31 octubre 2005 y 11 julio 2006.....	436
I. Del capítulo 13 (compensación). Art. 13:102 (créditos indeterminados): STS 5 enero 2007.....	442
VII. CONCLUSIONES.....	447
BIBLIOGRAFÍA.....	453

INDICE DE ABREVIATURAS

Art. (o art.)	Artículo
BGB	Código civil alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil español
CC francés	Código Civil francés
CC portugués	Código Civil portugués
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCo 1885)	Código de Comercio español (Real Decreto de 22 agosto 1885)
CE/CE Comunidad Europea	Constitución española de 27 de diciembre de 1978 / Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CISG (CV)	Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980; Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, en BOE de 30 de enero de 1991.
<i>Code c.</i>	Código Civil francés
<i>Codice c.</i>	Código Civil italiano
D.	Digesto
DCFR Referencia)	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (Marco Común de Referencia)
DOCE/DOUE Europea (UE)	Diario Oficial de la Comunidad Europea (CE)/Unión Europea (UE)
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FD	Fundamentos de Derecho
FN	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

LAU urbanos	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos
LCCh	Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios
LH febrero de 1946)	Ley Hipotecaria (texto aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946)
LOE Edificación	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LRJAP PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común
MCR europeo	Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
PECL Lando)	Principios de Derecho Europeo de Contratos (o Principios Lando)
PMCCOC	Propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, del Ministerio de Justicia (Enero 2009)
PUCCI	Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (o Westlaw)
ROJ Judicial	Repertorio de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial
SAP-SSAP	Sentencia/s de la Audiencia Provincial
STS-SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo español
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLAU1964	Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre

TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
TRLS	Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio
TRLU	Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
ULIS	Uniform Law on the International Sale of Goods (Ley uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías – Convención de La Haya, 1964)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho

I.- INTRODUCCIÓN

Todo profesional del Derecho habrá advertido que nuestros Tribunales vienen a menudo invocando en los argumentos de sus resoluciones, junto con el Derecho positivo y su propia doctrina jurisprudencial, cada vez más el Derecho comparado, y, al menos desde la temprana Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala civil y penal) de Navarra de 6 de octubre de 2013, un texto no normativo, sino exclusivamente académico, que fue elaborado por un grupo de juristas que se integraron para formar la *Comission of European Contract Law*, bajo la Presidencia del Prof. Ole Lando.

En esta sentencia que hemos reseñado, su cita obedecía para argumentar una exigencia que se consideraba comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, cual era que la pretensión de cumplimiento específico de una obligación contractual se ejercitara por su titular tempestivamente, en un tiempo razonable, porque, si no era así y ese tiempo razonable se superaba, “los usos jurídicos” –se dice- hacían inatendible la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada, lo que venía recogido, junto con otras exigencias, “en los conocidos Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL)”. Es decir, para traer a colación el principio, de cuño anglosajón, que aparece también para la compraventa de mercaderías en el art. 46 (2) y (3) CISG ante la falta de conformidad para pedir la sustitución o la reparación, y que la doctrina y la jurisprudencia alemana bautizan con el nombre de “*verwirkung*” o del “retraso desleal”. No era preciso en nuestro ordenamiento acudir a estos Principios para aplicar esta exigencia de ejercicio tempestivo de los derechos, pues ya su transgresión se consideraba de antaño contrario a la buena fe en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (v.gr., SSTS de 21 de mayo de 1982, de 21 de septiembre de 1987, de 16 de febrero de 1990, de 13 de julio de 1995...)

A partir de esta sentencia, y sobre todo a partir de las SSTS de 10 de octubre de 2005, de 5 de abril de 2006, de 20 de julio de 2006, de 31 de octubre de 2006, de 22 de diciembre de 2006..., todas ellas en relación al incumplimiento resolutorio contractual (incumplimiento esencial), y propuestas por los Magistrados Encarnación Roca y Juan A. Xiol Ríos, se han seguido una pléyade de resoluciones jurisprudenciales en que se citan estos PECL, primero quizás con cierta timidez, hasta que se dijo por el Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de diciembre de 2008) que “el origen común de las reglas contenidos en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil”.

El texto de los PECL –como exponemos en el capítulo II- es un texto articulado de reglas fruto de la labor de investigación profesoral de un determinado número de académicos de los distintos Estados miembros de la UE, auspiciados por sus

instituciones, que consideraban necesario dar uniformidad siquiera al Derecho contractual para si no facilitar, al menos no entorpecer el mercado interior.

Es por ello que lo primero que exponemos en nuestro trabajo es una breve referencia al proceso de construcción de la UE, en la que tiene lugar ese mercado interior; también a los impulsos de las instituciones europeas en propiciar la búsqueda de esa armonización y/o unificación legislativa de los distintos ordenamientos nacionales, que se considera necesaria para conseguir realmente la integración económica y un mercado interior europeo de libre circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales; a las distintas iniciativas académicas que con esa misma finalidad y objetivos se han desarrollado por distintos grupos de trabajo; y, por último, y sin desmerecer a los resultados de los trabajos de los demás grupos, nos hemos centrado en los PECL por cuanto que éstos han sido los que con frecuencia se vienen ya citando por nuestros Tribunales en el argumento de sus resoluciones.

En relación a los PECL hemos considerado sus finalidades y propósitos, sus objetivos, el contenido y sus fuentes, todo ello según resulta expuesto en la propia obra por sus redactores en los comentarios y notas que siguen a cada una de sus articuladas reglas.

Los redactores de los PECL consideran necesario crear una infraestructura de Derecho de contratos que sea válida para toda la UE y que fortalezca el mercado único, y con esa finalidad y ese propósito realizan su trabajo, pretendiendo que sus destinatarios sean los propios órganos de la UE y los legisladores de los distintos ordenamientos nacionales (para que les sirva de ayuda en la redacción uniforme de su legislación), también a las propias partes contratantes (como *lex mercatoria* europea moderna), y a los tribunales y árbitros (que pueden considerar que son el resultado de un estudio profundo del Derecho comparado de los distintos ordenamientos europeos y que representan el núcleo común y desarrollo progresivo, lo que no sería otra cosa sino que lo que han venido haciendo los Tribunales ya cuando acuden en sus argumentos al Derecho comparado).

Tampoco hemos de ocultar que la pretensión final de los PECL es servir de base para cualquier futuro Código Europeo de Contratos, lo que ya son palabras mayores, no obstante y que sepamos que precisamente en el primer impulso de las instituciones europeas (Resolución del Parlamento de 26 de mayo de 1989)¹ se instaba a los Estados miembros a iniciar los trabajos necesarios para la preparación de un Código Europeo de Derecho Privado común (*Common European Code of Private Law*).

El contenido material de los PECL lo constituye el Derecho de obligaciones contractuales; no se regula ningún contrato en particular, sino las obligaciones

¹ DO C 158 de 26 junio 1989, p. 400 (Resolución A2-157/89)

contractuales en general, sin distinción tampoco entre el ámbito mercantil y el ámbito civil, y todo ello compendiado en dos volúmenes: en el primero se incluye la parte I y II, que comprende los capítulos relativos a sus finalidades y terminología, formación de los contratos, representación, validez, interpretación, contenido y efectos, el cumplimiento y el incumplimiento, y los remedios ante el incumplimiento. Y en el volumen segundo (parte III) se comprende la continuación (reglas sobre la pluralidad de sujetos, la cesión de créditos, del contrato, la compensación y la prescripción) y unos capítulos finales para completar algunas de las reglas del primer volumen (ilicitud de los contratos, condiciones y capitalización de intereses)..

El grueso de nuestro trabajo viene constituido por el estudio y análisis de todas las sentencias de nuestros tribunales que han utilizado este texto articulado en los argumentos de sus resoluciones, que prácticamente han sido ya de todos los capítulos del texto, aunque donde abundan es en materia de incumplimiento contractual y sus remedios.

Nuestra intención hubiera sido cubrir el estudio y análisis de todas las materias que han tratado los tribunales haciendo referencia a alguna de las reglas de los PECL -como decimos, prácticamente de todos sus capítulos-, pero como nuestro método de trabajo viene dado por el análisis de la doctrina tradicional sobre la materia en cuestión, comparándola con la doctrina actual, la vertida en las propias sentencias a resultas de la utilización de estas nuevas reglas, con la pretensión de investigar la influencia que haya podido tener este nuevo enfoque a la luz de estas reglas y comprobar si en realidad en nuestro ordenamiento están surtiendo efecto las finalidades y objetivos marcados por los mismos Principios, el trabajo no es que hubiera sido arduo, sino excesivamente voluminoso, por lo que hemos preferido elegir dos de las reglas quizás más de actualidad, como son las relativas al cambio de circunstancias o alteración de las circunstancias de forma que produzcan efectos a tener en cuenta en la relación contractual (la regla del art. 6:111 PECL, y la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*), cuyo estudio acometemos en el capítulo IV, y al incumplimiento del contrato necesario para producir su resolución (incumplimiento esencial), así como sus remedios (los capítulos 8 y 9 de los PECL), cuyo estudio realizamos en el capítulo V, y en un posterior capítulo hemos agrupado el resto de reglas que se han utilizado por los Tribunales en sus argumentos, pero sin la profundidad y extensión que le hemos dado a las dos reglas anteriores, sino meramente enunciativa de la aplicación y alguna referencia comparativa con la doctrina tradicional, dejando entrever para un posterior estudio que, al menos por ahora, no parece que nos traiga nada nuevo a nuestro ordenamiento estas “modernas” tendencias, en palabras del propio Tribunal Supremo .

Y, por último, exponemos nuestras conclusiones, que nos atreveríamos a calificar de provisionales, obtenidas de ese análisis de las distintas sentencias en que se hace uso de estas reglas para sus argumentaciones, por cuanto que todo parece

indicar que, al menos por ahora, a lo más que se puede decir que influyen en nuestra doctrina es a confirmar la dirección apropiada del camino que ya con base en los principios de nuestro propio ordenamiento venían trazando.

II. UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA UE

A) Referencia al proceso de construcción de la UE.

Podemos señalar como raíces históricas de la actual UE aquellas voces que se alzaron tras la I y II Guerra Mundial, convencidos de que una paz era necesaria, así también como su mantenimiento duradero, lo que nada más podría lograrse a través de una Europa unida².

La creación de unos ‘Estados Unidos de Europa’ parecía ser la solución unánime de políticos de renombre³, no solamente para la reconstrucción económica de Europa, sino también para evitar que volvieran a repetirse el desastre y la destrucción, que era lo que realmente latía con más interés detrás de la propuesta.

En este proceso de construcción de esta Europa unida se suele poner como un hito de interés aquel famoso discurso de W. Churchill en 1946 en la Universidad de Zürich, en que decía que “existe un remedio que... en pocos años podría hacer a toda Europa... libre y feliz; consiste en volver a crear la familia europea, o al menos todo lo que se pueda de ella, y dotarla de una estructura bajo la cual pueda vivir en paz, seguridad y libertad; debemos construir una especie de Estados Unidos de Europa”.

Al hilo de este proceso también se cita la famosa la declaración que poco más tarde⁴ hace Robert Schumann, elaborada por Jean Monnet, quien, como Ministro de Asuntos Exteriores francés, propone a Alemania que la producción franco-alemana de las materias primas fundamentales de la industria armamentista estuvieran sujetas a un control conjunto, a una Alta autoridad común, para que ninguno pudiera utilizarlas individualmente contra el otro. La ocasión la aprovechó el canciller alemán Adenauer, que vio el plan de Schumann viable para poner fin a las tradicionales diferencias beligerantes de estos dos países, al tiempo que, además de para la pacificación de Europa, también serviría para un desarrollo económico; y acepta el plan, al que después se sumarán los gobiernos de Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, que son los seis gobiernos que firmaron en 1951 en París el acuerdo constitutivo de la entonces Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), abriendo entre ellos un mercado común y de libre

² KONRAD ADENAUER (1876.1967), primer Canciller de la República Federal de Alemania desde 1949 al 1963, era de esta convicción y uno de sus logros más importantes de su política exterior fue la firma del Tratado de Amistad con Francia en 1963, acabando así con la acérrima enemistad de estos dos países.

³ Hoy considerados los padres de la Unión Europea: K. ADENAUER, W. CHURCHILL, ALCIDE DE GASPERI, WALTER HALLSTEIN, JEAN MONNET, R. SCHUMAN, P. HENRI SPAAK y ALTIERO SPINELLI.

⁴ El 9 de mayo de 1950, fecha que hoy se considera del nacimiento de la UE.

circulación del carbón, del hierro, de la chatarra y del acero, así como el acceso libre a sus fuentes de producción.

La necesidad de reconstruir Europa económicamente surge paralela a la idea de poner fin a la beligerancia y al logro de la paz duradera, para lo que se crea en 1948 la Organización Europea de Cooperación Económica –que después pasaría a ser la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE-; y, en este ámbito económico, la CECA se prolongará con la creación de la Comunidad Económica Europea –CEE- y la Comunidad Europea de la Energía Atómica –EURATOM-, fundadas ambas por los Tratados de Roma de 1957, con el objeto, la primera, de establecer un mercado común, una unión aduanera y algunas políticas comunes (en la agricultura, en el comercio y en el transporte); y la EURATOM, con el objeto de contribuir al establecimiento y desarrollo de las industrias nucleares europeas, velando por que todos los Estados miembros se beneficiaran de esta energía, garantizando el abastecimiento y procurando la seguridad para la población, con expresa prohibición de utilizar esta energía para fines distintos a los previstos.

Por tanto, a partir de 1957 coinciden en la reconstrucción económica de Europa estas tres Comunidades: la CECA, la CEE y la EURATOM. Al coincidir las tres Comunidades, contaban con algunas instituciones comunes, por lo que convinieron en su fusión y por el Tratado de Bruselas de 1965 se constituye una Comisión Única –para las tres- y se instaura un Consejo Único que sustituía a los de cada una de las tres Comunidades.

También de manera paralela a esta reconstrucción económica de Europa se inicia la construcción de una Europa política: se crea en 1949 el Consejo de Europa, para la cooperación en diversas cuestiones políticas, técnicas y sociales, bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros textos de protección del individuo.

Después de algunos verdaderos fracasos –v. gr. el plan de defensa común- y de algunos años de crisis en este ámbito político, la dinámica comunitaria se reactiva con la ampliación de nuevos Estados miembros; en 1973 se une Gran Bretaña, junto con Dinamarca e Irlanda; en 1980 se incorpora Grecia y en 1986 España y Portugal, año en que se firma en Luxemburgo y La Haya el Acta Única entre los Estados miembros y se configura como una reforma de los Tratados de Roma, no como un nuevo tratado, pero una reforma institucional importantísima, incrementando la influencia del Parlamento Europeo frente al resto de instituciones, ampliando las competencias de las Comunidades con nuevas transferencias de competencias estatales, sobre todo en el ámbito económico, con miras a conseguir un verdadero mercado único interior, un espacio sin fronteras interiores, de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

La UE se constituye con la firma del Tratado de Maastricht en 1992 –la reforma más importante de los tratados fundacionales- por el que se dispone la sustitución

de la Comunidad Europea –CE- y su sucesión por la UE, reconociendo que constituye “una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...” e introduciendo cuatro nuevos objetivos: 1) asegurar el progreso económico y social equilibrado y sostenible, para lo que estableció una Unión Económica y Monetaria; 2) reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de cada Estado miembro, mediante la creación de una “ciudadanía de la Unión” complementaria de la nacionalidad propia; 3) realizar una política exterior y de seguridad común, y una política exterior de seguridad y defensa; y 4) aumentar la cooperación política y judicial, con el fin de lograr la plena y segura libertad de circulación de las personas dentro del territorio de la Unión.

Por el Tratado de Ámsterdam de 1997 tiene lugar una nueva reforma, sin especial relevancia; y para preparar la ampliación de la Unión se adopta en Niza el Tratado de 2001, suscribiéndose en Atenas el Tratado de Adhesión de los diez nuevos Estados miembros (que modifica los Tratados de la UE y de la CE), con el resultado final de introducción del euro como moneda única el 1 de enero de 2002.

En Niza también se planteó la necesidad de instaurar un debate más amplio y más profundo sobre el futuro de la UE, y fruto de este debate es la convocatoria de una Convención, que se hizo en la reunión del Consejo Europeo de Laeken, en diciembre de 2001, para preparar la siguiente Conferencia Intergubernamental. Los trabajos de esa Convención concluyen con el texto del Proyecto final del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, texto que después de algunas modificaciones fue aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas de Junio de 2004 y rubricado en Roma en octubre del mismo año por los Jefes de Estado y de Gobierno, pero que, para su entrada en vigor, debía ser ratificado por todos los Estados miembros, lo que no ha sido así, sino que, aunque España fue el primer país en someterlo a referéndum y aprobarlo el 20 de febrero de 2005, sin embargo fue rechazado por Francia y los Países Bajos.

B) Unificación del Derecho Privado en Europa: antecedentes

El proyecto de configurar un Derecho privado común y superar las divergencias entre los distintos ordenamientos nacionales, no es propio y consustancial con la construcción de la UE, sino que es anterior, e incluso con una proyección territorial más amplia, que desborda las fronteras comunitarias.

Entre los proyectos más avanzados que, en este sentido, se vienen citando, se encuentran: (a) el anteproyecto italo-francés de 1927 (a iniciativa del jurista

italiano Vittorio Scialoja⁵); (b) la propuesta del jurista alemán Ernest Rabel⁶ en 1929 al Consejo de Dirección de UNIDROIT⁷; (c) y la propuesta de la Asociación Henri Capitant⁸ de 1943.

El primero de estos proyectos, el anteproyecto ítalo-francés, se basaba incluso en una anterior propuesta doctrinal que ya había realizado en 1900 el comparatista Édouard-Ferdinand Lambert⁹ en sus “*Études de droit commun législatif*”, con la finalidad de crear un “*droit commun législatif*”, sobre la base de la observación empírica de ordenamientos culturalmente afines, y que se retoma como una cuestión ahora ya no doctrinal, sino práctica, después de la I Guerra Mundial, ante la necesidad de que las naciones aliadas y amigas mantuvieran unas relaciones comerciales internacionales reguladas por un ordenamiento jurídico común.

El segundo de estos proyectos unificadores, la propuesta de Rabel al Consejo de Dirección de UNIDROIT, también se dirigía hacia las relaciones comerciales internacionales, para intentar dar soluciones a los problemas que suponía su regulación a través de formularios de contratos que elaboraban las propias asociaciones comerciales, y no para todos los sectores, ni siquiera tampoco formularios uniformes dentro del mismo sector, por lo que parecía que se hacía verdaderamente necesario establecer unas reglas uniformes e imperativas, aunque solo fuera en relación a determinados conceptos o extremos del contrato, como su formación, el modo de transmisión de la propiedad, los riesgos..., pero con las miras puestas en alcanzar una unificación del Derecho contractual de mercaderías en las relaciones internacionales.

⁵ Uno de los más insignes juristas italianos de su época (1856-1933) y fundador de la moderna escuela romanista italiana. Catedrático de Derecho romano en la Universidad de Roma, fundó en 1888 el Instituto de Derecho Romano. En política, ocupó las carteras de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores del gobierno italiano.

⁶ E. RABEL fue profesor de Derecho en las Universidades de Leipzig, Basilea, Kiel, Göttingen, Munich y Berlín hasta que en 1937 emigró a los EEUU –por cuestiones políticas- y fue profesor de la Universidad de Harvard. Fue también uno de los primeros en reconocer la importancia del derecho comparado, como base para los proyectos de unificación del Derecho, y miembro desde 1927 de UNIDROIT.

⁷ UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law*, con sede en Roma y creado en 1926 por la Sociedad de Naciones a propuesta de Vittorio SCIALOJA con el objetivo de estudiar los medios de armonizar y coordinar el Derecho privado entre los Estados o los grupos de Estados y preparar la adopción de una legislación de Derecho privado uniforme (según así reza en el art. 1.1 de su Estatuto orgánico de 15 de marzo de 1940, y al que España se adhiere el 20 de abril de 1940).

⁸ La “*Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*” fue fundada en 1935, bajo la autoridad de Henri Capitant, profesor de la Facultad de Derecho de París, por un grupo de juristas de diferentes países de lengua francesa (Bélgica, Luxemburgo, Québec, Suiza, etc.) y abierta a juristas de otros países.

⁹ Édouard-Ferdinand LAMBERT (1866-1947) fue pionero en el estudio comparado del Derecho y fundador en Lyon en 1920 del Instituto de Derecho comparado que lleva su nombre.

La propuesta de la Asociación Henri-Capitant se acoge en sus Jornadas de trabajo celebradas en Pavía y Milán en septiembre de 1953, a propósito del interés y actualidad que había despertado nuevamente el anterior proyecto ítalo-francés de 1927, con una propuesta de establecer un Código común de obligaciones para Europa occidental.

C) Impulsos de armonización y/o unificación

La UE ha venido incidiendo desde sus orígenes en los ordenamientos del Derecho privado de sus Estados miembros, al menos en el ámbito de las obligaciones y contratos; y lo ha venido haciendo –y lo hace- a través de Directivas y de Reglamentos –sobre todo mediante Directivas-, de manera cada vez más abundante, sin que, pese a ello, se haya conseguido, no ya la unificación, sino ni siquiera la armonización de los distintos ordenamientos nacionales, armonización que se evidencia como necesaria, no ya para iniciar el camino hacia una integración política de la UE, sino siquiera para consolidar definitivamente la integración económica que, como finalidad inicial, se asumiera en su día por la Comunidad –entonces Económica- Europea¹⁰; y, si antes no, parece que, desde el Tratado de Maastricht -1992-, en que la integración económica europea inicia claramente su marcha hacia la integración política, se ha vuelto a insistir en el cada vez más importante y significativo proceso de construcción de un nuevo Derecho privado común a todos los países de la UE (al menos en ese ámbito que ya hemos dicho de las obligaciones y contratos).

Los impulsos para la armonización y/o unificación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, como remedio para conseguir realmente un verdadero mercado interior, no vienen sólo estimulados por las instancias de la propia UE, sino también por la doctrina jurídica, consensuada –parece ser- en que, si se quiere construir y desarrollar el mercado interior europeo, resulta imprescindible la unificación, o siquiera la armonización del Derecho privado de naturaleza patrimonial¹¹.

¹⁰ J. L. DE LOS MOZOS. Estudios sobre Derecho de contratos, integración Europea y codificación. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid 2005. p. 155

¹¹ S. SÁNCHEZ LORENZO En el prefacio de su obra -“Derecho privado europeo” Editorial Comares 2002- añade que “el mercado europeo es algo más que un mercado de libertades; es también, un mercado de políticas; algunas de ellas, como la protección del consumidor, exigen la puesta en práctica de una armonización fuerte de los Derechos privados nacionales”. Y GUIDO ALPA, en su trabajo “*Le nuove frontiere del Diritto contrattuali*”, en Mario BESSONE (dir.) “*Trattato di Diritto Privato, XXVI, Il Diritto privato dell’Unione Europea*”, I, Torino 2000 (697-713), p. 702, es de la opinión de que no se promueven las relaciones económicas si mantenemos diversas lenguas, categorías conceptuales diversas o contrapuestas, reglas jurídicas diversas o en conflicto, por lo que hemos de estar dispuestos al dialogo con voluntad de llegar de manera convencional a un terreno común a todos.

En un estudio sobre este particular, Esther Arroyo¹² añade que este proyecto de unificación jurídica debe incluir la creación de una ciencia jurídica común que dé sentido y cohesión al nuevo ordenamiento jurídico europeo, porque se trata, en definitiva, de armonizar el Derecho privado para conseguir la integración europea, considerando que el Derecho privado es un medio para conseguir esa integración y, al mismo tiempo, es también objeto de esa propia integración, contribuyendo no solo en poner a disposición de los agentes económicos los instrumentos propios del Derecho positivo, sino procurando eliminar las diferencias de regulación existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Esto es lo que se ha venido en llamar, en ese proceso de armonización y/o unificación del Derecho privado de los Estados miembros, la integración negativa y la integración positiva.

Por la primera –integración negativa–, se intenta que los ordenamientos nacionales se vean obligados por las fuentes del Derecho comunitario a evitar que sus normas –nacionales– supongan restricciones injustificadas al desarrollo del mercado interior; por la segunda –integración positiva–, en determinados ámbitos de la competencia de la UE, se imponen concretas regulaciones a través de actos normativos imperativos. Entre estos actos normativos comunitarios destacan, por su proliferación, las Directivas.

Las Directivas son el instrumento de integración positiva que viene utilizando la UE con mayor impacto en el ordenamiento privado de sus Estados miembros, pero, lejos de conseguir la armonización que pretende, parece incluso que se evidencia como un elemento distorsionador, porque, primero, la Directiva requiere su trasposición al Derecho interno de cada Estado por el propio legislador estatal, con lo que puede darse la circunstancia –y de hecho se da– de que no todos los Estados traspongan las disposiciones de la Directiva de igual manera; y, segundo, porque las Directivas se refieren a la regulación de determinados y concretos campos que, al trasponerse a ese determinado campo de un ordenamiento jurídico nacional, teóricamente organizado de manera armónica, provoca una alteración, no solo del propio campo afectado por la Directiva, sino a su interrelación con los demás campos del propio ordenamiento jurídico, consiguiendo desorganizarlo, con el añadido de que también los tribunales vendrán obligados a interpretar la regulación nacional, no con referencia al conjunto del propio Derecho nacional, sino éste armonizada por la Directiva y de acuerdo con las finalidades de la propia Directiva.

¹² E. ARROYO AMAYUELAS Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho privado europeo. Septiembre 2001. SCHULZE, REINER, ZIMMERMANN, REINHARD. Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación. Marcial Pons, 2002

Es por eso que también se le llama técnica de integración “desorganizada”¹³, porque, persiguiendo la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros, provoca al mismo tiempo precisamente una “desintegración” de esos ordenamientos en el campo concreto al que se afecta.

Como ejemplo de esta frustrada función armonizadora de las Directivas, podemos ver cómo la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985 (modificada por la Directiva 1999/34/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 1999), que responde al desarrollo de uno de los aspectos destacados por el Programa preliminar de protección al consumidor (aprobado por el Consejo de las CEE en su Resolución de 14 de abril de 1975, en el que dispone como una de las acciones prioritarias para la protección de los intereses económicos de los consumidores la armonización del Derecho de responsabilidad derivada de los productos defectuosos), se traspone en España a través de la Ley 22/1994, de 6 de julio, ahora integrada en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (aunque para ser precisos se ha de decir también que un año antes ya se había introducido en nuestro ordenamiento la regulación de la responsabilidad civil del fabricante por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –LGDCU-, ley que, como se sabe, traía causa del conocido caso del aceite de colza desnaturalizado), y entre las causas de exoneración de responsabilidad civil del productor –establecidas a modo de *numerus clausus* por el art. 7 de la Directiva y art. 140 TRLGDCU- se reseña la excepción de los denominados riesgos de desarrollo, es decir, que el productor no será responsable si prueba (e) que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; pero el art. 15.1-b) de la Directiva establece que cada Estado miembro podrá no obstante lo previsto en la letra e) del art. 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo (que debe comunicarlo a la Comisión y la Comisión informar de ello a los demás Estados...), disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto, y haciendo uso de esta permisión, el ordenamiento español es el único que hasta la fecha ha dispuesto que, en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, el productor fuera en todo caso responsable no obstante y la excepción de los riesgos de desarrollo.

Incluso, en el marco de trasposición de esta misma Directiva, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, el art, 141.1 LRJAP-

¹³ L. DIEZ PICAZO, E. ROCA TRÍAS, y A. M. MORALES. Los principios del Derecho europeo de contratos. Civitas 2002 p. 98

PAC, en su redacción originaria disponía que solo serían indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, pero a ello añade la modificación de este precepto por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos¹⁴.

De esta forma, para el fabricante con estatuto privado se sitúa la causa de exoneración en el momento de la puesta en circulación del producto y para la Administración pública en el momento de la producción del daño, con lo que tenemos que, si por ejemplo se produce un contagio de virus de SIDA, o de hepatitis C, por una transfusión de sangre, el perjudicado: (a) si la transfusión ha tenido lugar en un hospital no perteneciente a la Administración pública, los productores particulares deberán responder porque no podrán acudir a la causa de exoneración de los riesgos de desarrollo, al venir exceptuada al caso por el art. 140.3 TRLGDCU; y (b) si esta transfusión tiene lugar en un hospital público, la Administración no responderá porque podrá oponer la causa de exoneración de los riesgos del desarrollo¹⁵.

Por tanto, se evidencia insuficiente este sistema de armonización y/o unificación, que incluso parece haber entrado en crisis y ser objeto de atención no solo por la doctrina, sino también por el propio Parlamento Europeo, que ya en su Resolución de 26.10.2000¹⁶ llama a “legislar mejor” al hacerse eco “del desconcierto del ciudadano europeo cada vez que se enfrenta a un sinfín de normas jurídicas procedentes de distintas fuentes y con valores diferentes, que dificultan la comprensión de los derechos que le asisten o que entorpecen el ejercicio de los mismos y dificultan el acceso a las vías de recurso”.

¹⁴ Esta modificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración viene así a recoger la jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía exonerando a la Administración de responsabilidad por el contagio del virus de SIDA y de la hepatitis C, en casos de contagio anterior a que fuera posible la detección, aunque supiera que a través de la sangre podía contagiarse, pero no se habían identificado todavía; así, el VHC se identifica a principios de 1989 y el del VIH en 1985. A partir de estos momentos el Tribunal Supremo sí que responsabiliza a la Administración de los contagios por transfusiones de sangre, pero no a los producidos anteriormente y a los que sometía generalmente a la doctrina de la fuerza mayor.

¹⁵ En honor a la realidad, no se ha de ocultar tampoco que, aunque pudiera decirse que esta regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración supuso la fragmentación de la unidad del derecho de la responsabilidad por producto, al hacerse depender del estatuto público o privado del fabricante, sin embargo la STJCE de 10 de mayo de 2001 –en el caso *H. Veedfald c. A. Amtskommune*, C203/99- puede decirse también que ha venido a restablecer aquella unidad, al haber considerado el Tribunal europeo que un producto se encuentra en circulación cuando es utilizado en el marco de una prestación médica concreta (P. SALVADOR CODERCH, Tratado de responsabilidad civil del fabricante. Thomson-Civitas, 2008, p.598).

¹⁶ DO C 197 de 12.7.2001, p. 433 y ss.

El panorama legislativo se ha venido manifestando, y se manifiesta todavía, fragmentado y carente de coherencia interna, falta de coherencia que aparece a veces dentro de las propias Directivas, o entre ellas –v. gr. la diferente regulación del desistimiento del contrato, según se trate de un contrato de venta a domicilio o de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, o de compraventa a distancia...- o porque su trasposición al ordenamiento de los Estados miembros se hace de manera diferente o contiene conceptos extraños a estos ordenamientos, todo lo que no ha resultado desapercibido para las propias instituciones comunitarias, como prueba de ello es, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003¹⁷ sobre un derecho contractual más coherente, proponiendo para ello un plan de acción.

Por tanto, parece que la unificación del Derecho privado en Europa, que de antaño ya se manifestara con aquel carácter dogmático de la mano de la doctrina en los proyectos ya citados de Scialoja (1927), de Rabel (1929), y de la Asociación H. Capitant (1943), se viene revelando cada vez más necesaria; y no ya con aquel carácter profesoral o dogmático, sino práctico, como así lo ha acusado no solo la doctrina¹⁸ – como veremos a continuación-, sino también las propias instituciones comunitarias, que, de manera paralela, vienen dando impulsos a este debate sobre la aproximación de la legislación sobre Derecho Privado de los Estados miembros.

Los impulsos de las instituciones comunitarias buscan la conveniencia de esta aproximación legislativa, tanto en la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento del cada vez también más amplio y complejo mercado interior desde un prisma jurídico, como de dotar de coherencia interna al fragmentado cuerpo legislativo comunitario y de sus Estados miembros, así como también desde un prisma económico, porque la divergencia legislativa dentro de un mismo mercado interior supone también un mayor coste económico para las transacciones (la diversidad de legislaciones para un mismo mercado según el Estado de que se trate, hace que el operador comercial tenga que recabarse un asesoramiento legal especializado para sus transacciones, con el consiguiente incremento del coste de la operación).

¹⁷ Bruselas, 12.2.2003 COM (2003)68 final DO C 63 de 15.3.2003 p 1-44

¹⁸ Abriendo el coloquio sobre “Nuevas perspectivas para un Derecho común europeo” organizado en Florencia en 1977 por el *European University Institute*, el profesor MAURO CAPPELLETTI ponía de relieve que la existencia de más de 21 países entonces en Europa, cada uno con un sistema legal distinto, representaba una división irracional y suicida en un mundo que cada vez pide áreas más y más abiertas, de modo que la armonización, la coordinación y la interdependencia son necesidades absolutas de nuestro tiempo y que la historia prueba que la división es un fenómeno relativamente nuevo y no un destino ineludible y que el continente europeo se caracterizó durante siglos en épocas pasadas por tener un Derecho común a muchos de sus pueblos.

El primer impulso de las instituciones europeas viene dado por la Resolución del Parlamento Europeo de 26.5.1989¹⁹, en que nada más y nada menos que se insta a los Estados miembros a iniciar los trabajos necesarios para la preparación de un Código Europeo de Derecho Privado común.

El Parlamento consideraba en esta Resolución que se habían armonizado hasta la fecha muchos de los aspectos individuales del Derecho privado, pero no la totalidad de sus ramas, y que la manera más eficaz de llevar a cabo la armonización con miras a un desarrollo del mercado único era la unificación de las principales ramas del Derecho privado, como el Derecho contractual, sin que por ello se agotaran en ese campo todas las posibilidades de la unificación.

Consideraba asimismo que el establecimiento de un sistema común de Derecho privado sería en beneficio de todos los Estados miembros y que para este objetivo se contaba con base jurídica suficiente en el Tratado y en el Acta Única, por lo que, para conseguir estos objetivos consideraba que se había de ayudar y dar, no solo apoyo moral, sino también material, a los estudios de Derecho comparado que decía (y, por tanto, reconocía), que con esta finalidad ya se realizaban en la Comunidad.

Con ese objetivo proponía que, como primera etapa, los Estados miembros examinaran la cuestión e intercambiaran opiniones sobre si se involucrarían o no en estos esfuerzos de unificación, para pasar después a una segunda etapa en que los Estados miembros que hubieran decidido participar debían crear un comité de expertos para determinar las prioridades y organizar todo el trabajo, pidiendo el Parlamento:

(a) que se diera inicio a los trabajos preparatorios necesarios para la elaboración de un “**Código Europeo de Derecho privado común**” –*Common European Code of Private Law*-, invitando así a los Estados miembros a deliberar al respecto y a indicar si estaban dispuestos a participar en esta tarea unificadora;

(b) que los Estados miembros que desearan participar establecieran un comité de expertos competentes para definir las prioridades y organizar el calendario de trabajo;

(c) y que se ayudara económicamente a los centros de estudios de Derecho comparado que ya estaban trabajando en la materia.

El segundo impulso institucional –cinco años más tarde- lo constituye la Resolución del Parlamento de 6.6.1994²⁰, reiterando su llamamiento de trabajo para la redacción de un Código Europeo de Derecho privado común.

¹⁹ DO C 158 de 26.6.1989, p. 400 (Resolución A2-157/89)

²⁰ DO C 205 de 25.7.1994, p. 518 (Resolución A3-0329/94)

Sin embargo, tanto el impulso anterior (Resolución del Parlamento Europeo de 26.5.1989) , como éste, serían dos resoluciones incumplidas y no bien atendidas por las demás instituciones comunitarias (que solo auspiciarían algunos grupos de estudiosos y de académicos que estaban próximos y reclamaban que se hicieran efectivas estas resoluciones). En España, incluso, pasaron prácticamente desapercibidas²¹.

Uno de los extremos de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, del 15-16 de octubre de 1999²², trataba de que, para el establecimiento de un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debía suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impidiera a personas y empresas ejercer sus derechos o les disuadiera de su ejercicio; y en el punto 39 -apartado VII- de dichas conclusiones de la Presidencia, relativo a la “mayor convergencia en Derecho civil”, concluía en que se requería en esta materia un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, por lo que consideraba que el Consejo debía informar al respecto antes de finales de 2001.

En su Resolución de 16.3.2000²³ sobre el programa de trabajo de la Comisión para ese año, el Parlamento afirmaba también que, en el mercado interior, era esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del Derecho civil, y por ello solicitaba a la Comisión que elaborase un estudio en ese ámbito de Derecho material.

La Comisión respondió al Consejo y al Parlamento con su Comunicación de 11.7.2001²⁴, en relación con este estudio que se le había encargado, exponiendo su percepción de que en los últimos años se había intensificado el debate sobre la posible armonización del Derecho material privado, y en particular del Derecho contractual, refiriéndose a pie de página, e invitando a ver, los trabajos ya culminados de Ole Lando y Hugh Beale –los Principios del Derecho contractual europeo, partes I y II, editados por *Kluwer Law International*, 2000-, los trabajos de la Academia europea de especialistas en Derecho privado de la Universidad de Pavía, coordinados por el Profesor Giuseppe Gandolfi –el proyecto preliminar de Código contractual europeo- y los trabajos, entonces en curso, del Grupo de estudio de un Código Civil Europeo, que se forma tras extinguirse la Comisión Lando, y al que pertenecen buena parte de los miembros de esta Comisión coordinados por el Profesor Christian Von Bar, así como invitando también a ver una extensa y detallada bibliografía (con cita de la obra de Hartkamp, Hesselink,

²¹ A. VAQUER ALOY “La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo” *La Ley*, 2002-3, D-119

²² *Diario Oficial n° C 054 de 25/02/2000 p. 0093 - 0094*

²³ DO C 377 de 29.12.2000, p. 323 (Resolución B5-0228, 0229, 0230/2000, p. 326, punto 28)

²⁴ Comunicación de 11.7.2001 COM(2001) 398 final - DO C 255 de 13.9.2001, p. 1

Hondius, Joustra y Perron, editada por *Kluwer Law International*, 1998, con el título de “Hacia un Código civil europeo”.

Recordaba también en su introducción esta Comunicación, que el Parlamento Europeo ya había adoptado varias Resoluciones sobre la posible armonización del Derecho material privado, refiriéndose a las ya citadas de 1989 y 1994 en que solicitaba que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código europeo común de Derecho privado, y afirmaba que la armonización de determinados sectores del Derecho privado era esencial para la compleción del mercado interior, señalando también que la unificación de las principales ramas del Derecho privado en forma de un Código civil europeo constituiría la manera más eficaz de realizar la armonización, con vistas a cumplir las obligaciones jurídicas de la Comunidad y conseguir un mercado único sin fronteras.

Seguía haciendo referencia esta Comunicación a la también citada Resolución del Parlamento de 16.3.2000 y al punto 39 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15-16 de octubre de 1999 –en lo ya transcrito anteriormente–, para añadir también su percepción del debate que se estaba llevando a cabo por destacados representantes del mundo académico en relación con la cuestión de la armonización de determinados sectores del Derecho contractual, refiriéndose expresamente al Proyecto preliminar de Código Europeo de Contratos, del Grupo de Pavía –del profesor G. Gandolfi– y a los Principios del Derecho Europeo en materia de contratos, parte I y II, de la Comisión Lando, y a que continuaba esta labor académica comprendiendo estudios sobre otras cuestiones, no incluidas en los dos citados proyectos ya publicados, como los contratos en el ámbito específico de los servicios financieros, los contratos de seguros, los contratos de edificación, factoring y arrendamiento financiero, así como sobre algunos ámbitos del Derecho de la propiedad.

En esa Comunicación, sabía la Comisión que el objetivo de la labor académica que se llevaba a cabo iba, desde el establecimiento de un código vinculante, hasta la adopción de unos principios semejantes a los *Restatements*, que en caso necesario podían utilizarse para proporcionar información comparativa y fiable sobre la situación jurídica europea en estos ámbitos. Y, con un criterio prudente, la Comisión se fija como objetivo en esta fase del debate recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, por lo que propone ampliar el debate e incita a contribuir al mismo a los consumidores, a las empresas, a las organizaciones profesionales, a las instituciones y administraciones públicas, a los círculos académicos y a las restantes partes interesadas, sin desconocer que el Derecho contractual abarca varios ámbitos normativos vinculados a diferentes tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros, pero consciente también de que el Derecho contractual constituye la principal normativa de regulación de las transacciones internacionales y de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Derecho

contractual de los países de la Unión se sirven de conceptos y normas comparables.

La Comunicación excluye de su ámbito de estudio el Derecho Laboral o el Derecho de Familia y ciñe su propuesta de estudio solo a los contratos de compraventa y toda clase de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros, a las normas generales sobre el cumplimiento, incumplimiento y las vías de recurso, a las normas generales sobre formación de los contratos y su validez e interpretación, así como –aunque lo expone con cierta timidez- también podrían estar concernidas las normas en materia de garantías de crédito relativas a bienes mobiliarios y la normativa de enriquecimiento indebido, y los aspectos sobre responsabilidad civil vinculados a los contratos.

Tras exponer la situación actual del Derecho contractual (los instrumentos internacionales –Convenio de Roma de 1980²⁵ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías [CISG]²⁶- y el acervo comunitario fundamentalmente constituido por las Directivas), pretende averiguar la Comisión si la coexistencia de distintas normativas en materia de Derecho contractual en los Estados miembros obstaculiza, directa o indirectamente, el funcionamiento del mercado interior y, en caso afirmativo, en qué medida, para, en su caso, solicitar de las instituciones europeas la adopción de las medidas necesarias, aunque sabiendo la propia Comisión que su capacidad de intervención y del conjunto de las instituciones europeas en este ámbito tiene sus límites, al tener que respetar en todo caso los principios de subsidiariedad²⁷ y de proporcionalidad²⁸.

Concluía, así, la Comunicación proponiendo determinar si es necesario llevar a cabo una acción comunitaria y, en caso afirmativo, en qué ámbitos, y formula cuatro posibles hipótesis, para, a la luz de las respuestas, decidir en el ejercicio de

²⁵ Convenio 80/934/CEE, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (OJ L 266, 09/10/1980, pp. 1-19)

²⁶ De 11 de abril de 1980, a la que se adhiere España por Instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE de 30 de enero de 1991, p. 3170))

²⁷ Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se establecen en el art. 5 del Tratado CE y en el Protocolo relativo a la aplicación de dichos principios. El principio de subsidiariedad es una norma jurídica vinculante que no impide el ejercicio legítimo de las competencias de la U.E.; sirve de guía para determinar cómo se deben ejercer los poderes de la Comunidad a nivel europeo, a la luz de los objetivos establecidos en el Tratado; permite ampliar la acción de la Comunidad cuando las circunstancias así lo requieran, pero dentro de los límites de sus competencias, y a la inversa, reducirla o interrumpirla si deja de tener justificación.

²⁸ El principio de proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias no excedan de lo apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión; debe recurrirse a la acción menos onerosa de entre las varias apropiadas al caso para que los inconvenientes que se causen no sean desproporcionados respecto al objetivo perseguido.

su derecho de iniciativa, la adopción de las medidas que considerara procedentes; y las cuatro hipótesis son:

(I) La no actuación de la Comunidad Europea; dejando que sea el mercado quien desarrolle sus propias soluciones.

(II) El fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales.

Se trataría de que la Comisión fomentara la investigación y la cooperación entre académicos y profesionales de la justicia, encaminada a la definición de principios comunes en ámbitos pertinentes del Derecho contractual nacional, pudiendo utilizarse y desarrollarse la labor ya realizada en esta área, incluidos los resultados de los estudios académicos y las conclusiones de los foros internacionales, mediante una asociación de cuya coordinación se ocuparían las instituciones comunitarias. Los principios comunes, directrices o códigos de conducta específicos que se elaboraran podrían ser de utilidad a las partes contratantes en la fase de redacción de sus contratos y para la ejecución; también para los tribunales e instancias arbitrales nacionales que tuvieran que decidir sobre cuestiones jurídicas que no estuvieran cubiertas por sus propias normas vinculantes o respecto a las cuales no existiera ninguna disposición legislativa, sabiendo que estos principios constituirían la solución común a todos los sistemas nacionales de Derecho contractual de los Estados miembros.

Y aunque su carácter habría de ser voluntario, lo cierto es que si fueran aplicados continuamente por un grupo suficientemente numeroso de profesionales de la justicia y de legisladores nacionales y comunitarios, aumentaría la convergencia en el ámbito del Derecho contractual europeo

(III) La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor.

Esta opción implica modernizar los instrumentos existentes, desarrollando acciones de consolidación, codificación y refundición de instrumentos ya existentes, orientadas a la transparencia y la claridad y revisando la calidad de la redacción para una mayor coherencia terminológica.

(IV) La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario.

Consistiría esta opción en aprobar un texto general que contenga disposiciones sobre cuestiones generales de Derecho contractual y contratos específicos, siendo necesario analizar el instrumento que debe elegirse (Directiva, Reglamento, Recomendación) y la naturaleza vinculante de las medidas (puramente opcional, normas de aplicación automática salvo disposición contractual en contrario, o un conjunto de normas cuya aplicación no se pueda excluir en el contrato).

La Comunicación ofrece también, por último, la posibilidad de otras opciones, o incluso de combinarse entre ellas, así como la alternativa de negociar y celebrar

un tratado internacional en el ámbito del Derecho contractual, a semejanza de la CISG, pero sin limitar su ámbito de aplicación a la mera compraventa de mercaderías, y estas disposiciones podrían integrarse también en las opciones II y IV.

Otro impulso institucional significativo lo constituyó la Resolución de 15.11.2001²⁹ del Parlamento, sobre aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, en la que el Parlamento Europeo consideraba que la tradición jurídica de los pueblos de Europa presentaba más coincidencias que divergencias, recordando que precisamente estas grandes coincidencias fueron las que hicieron posible la solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7.12.2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza.

Tiene en cuenta también que el debate sobre una armonización a gran escala del Derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política, pero que debe afrontarse, toda vez que es un éxito el mercado interior creado por la UE desde un punto de vista económico, aunque las vinculaciones jurídicas con alcance transfronterizo sigan constituyendo la excepción, mercado interior que considera que estará concluido realmente cuando los consumidores puedan disfrutar plenamente de sus ventajas; y, por último, tiene en cuenta también que son las pequeñas y medianas empresas las que se abstienen de celebrar contratos transfronterizos debido a las dudas existentes en relación con el Derecho aplicable y debido a los costes frecuentemente imprevistos de los procedimientos judiciales.

En relación con la Comunicación de 11.7.2001 de la Comisión al Consejo y al Parlamento, éste reprocha, en su Resolución de 15.11.2001, en el punto 9, que “lamenta que la Comisión haya limitado sorprendentemente su comunicación al Derecho contractual privado, si bien que el mandato otorgado por el Consejo Europeo de Tampere brindaba mayores posibilidades”, aunque en el punto 14 se felicita de que la Comunicación contenga muchas ideas positivas y le pide que en el proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso y tras una profunda consulta científica, un ambicioso Plan de acción que concluya, a partir de 2010, con la elaboración y adopción “**de un corpus de reglas**” sobre el Derecho contractual de la Unión Europea, asesorando a la Comisión en este Plan de acción determinados grupos de trabajo e instituciones que cita (así, la Comisión sobre Derecho contractual europeo, Holte; el Grupo de estudio sobre un Código civil europeo, Osnabrück; la Academia Europea de Especialistas en Derecho privado, Pavía; el Instituto Universitario Europeo, Florencia; la Academia europea de Derecho, Tréveris; y los Colegios de abogados nacionales y organismos encargados de las reformas jurídicas en los Estados miembros).

²⁹ DO C 140E de 13.6.2002, p. 538 (Resolución A5-0384/2001)

Las respuestas que dieron los académicos, gobiernos, empresas y demás interesados a las opciones propuestas por la Comisión en su Comunicación de 11.7.2001 fueron ilustrativas y no dejaron espacio para las dudas: fueron rechazadas muy mayoritariamente las dos opciones extremas (la I, de dejar que fuera el mercado quien desarrollara sus propias soluciones; y la IV, de adoptar un texto general de normas en el ámbito comunitario). La mayoría de respuestas optaban por las posibilidades intermedias: la III, de mejora de la calidad de la legislación comunitaria ya en vigor y la II, de promover el estudio del Derecho comparado y otras iniciativas tendentes a la elaboración de unos principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales.

Según así se recogía en el Plan de acción que se acompañaba a la Comunicación de 12.2.2003³⁰ de la Comisión al Consejo y al Parlamento, sobre un Derecho contractual europeo más coherente, la opción I fue rechazada por la gran mayoría de los gobiernos, y entre ellos Francia, que consideraba que la no actuación de la Comunidad Europea, dejando que sea el mercado quien desarrolle sus propias soluciones, es incompatible con un buen funcionamiento del mercado interior. El gobierno italiano menciona el peligro de una mayor fragmentación del Derecho contractual; y los Estados federados alemanes plantean la necesidad de claridad y transparencia para los agentes económicos.

La *Financial Services Authority* del Reino Unido, consideraba que no podía garantizar que la opción I fuera una respuesta adecuada a los problemas que se plantearan, ya que ello dependería de la gravedad de estos problemas; sin embargo, el gobierno británico consideraba que el mercado ofrecía un margen considerable para buscar soluciones a posibles problemas.

Las organizaciones de consumidores –excepto una- reconocieron que el Derecho contractual no puede dejarse exclusivamente en manos del mercado, sino que debe haber una intervención normativa para proteger a la parte más débil.

Los profesionales de la justicia consideraron que no se consigue la armonización del Derecho contractual europeo confiando únicamente en los mercados, con riesgo de que se aplique el sistema jurídico del país de la parte contratante más fuerte.

Los académicos del Derecho se oponían a la opción I. El Grupo de Pavía señaló que los hábitos comerciales tienen un carácter demasiado fragmentario para que puedan satisfacer las necesidades del mercado interior. El Grupo de estudio sobre un Código civil europeo y la Comisión Lando destacaron que el Derecho internacional privado no ofrece una solución adecuada en el caso de la celebración involuntaria de contratos.

³⁰ COM(2003) 68 final DO C 63 de 15.3.2003, p. 1/44

La opción II -el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales- recibió un apoyo sustancial de las respuestas gubernamentales, aunque en muchas no se considera suficiente por sí sola o se propone como complemento de la opción III o de la opción IV.

Italia apoyó la opción II pero sólo como pauta para la legislación comunitaria. El gobierno británico consideró que la propia Comisión podría incluso impulsar iniciativas en sectores en los que existe una clara necesidad y no se está desarrollando una solución basada en el mercado. El gobierno danés era partidario de una labor de desarrollo de los contratos tipo existentes y de cualquier iniciativa encaminada a animar a los organismos industriales y profesionales a elaborar contratos tipo equilibrados que tengan más en cuenta los intereses de las partes contractuales más débiles, o de otras iniciativas que en particular animen a las pequeñas y medianas empresas a realizar más transacciones transfronterizas y apoyaba también el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual no vinculantes para utilizarlos en contratos tipo. Y el gobierno austríaco se declaró contrario a la institucionalización de la investigación en la forma de un instituto de Derecho europeo.

Las organizaciones de consumidores consideraron que las directrices voluntarias no eran suficientes y en dos respuestas se proponía la elaboración de una serie de principios comunes de Derecho en materia de consumo que posteriormente podrían convertirse en legislación comunitaria vinculante en el marco de la opción IV.

Los profesionales de la justicia consideraron que la realización de estudios comparativos sobre Derecho contractual era un requisito previo a cualquier iniciativa y que el funcionamiento del mercado interior podría mejorarse con la opción II; el planteamiento de una armonización “blanda” promoviendo la elaboración de principios comunes en forma de directrices para los legisladores y las instancias judiciales, respetando las tradiciones de los sistemas jurídicos existentes, podría conducir, con el tiempo, a una legislación modelo, sugiriendo que estos principios incluyeran también los ámbitos del Derecho de propiedad y de daños.

Los grupos académicos se mostraron partidarios por esta opción II, abogando por que se siguiera estudiando esta cuestión, se elaboraran principios comunes o un *Restatement*, y que la Comisión siguiera promoviendo estos trabajos; que elaborados estos principios comunes, podían servir tanto a los legisladores como a las instancias judiciales para aproximar los Derechos nacionales y estructurar la legislación europea, sugiriendo en algunas respuestas la adopción de leyes modelo, siguiendo la práctica de los Estados Unidos, pero con algunas reservas. Se consideraba que el Derecho comparado contribuye a mejorar los Derechos nacionales al confrontar los sistemas jurídicos y liberar el pensamiento jurídico

del dogmatismo y se abogaba por la promoción de una cultura jurídica común, un programa de estudio del Derecho común, lo que incluiría la creación de instituciones específicas como un Instituto de Derecho Europeo y una Academia Europea de Derecho.

La opción III –la mejora de la calidad de la legislación ya en vigor- era apoyada por los gobiernos; y para los gobiernos italiano, portugués y polaco podría ser la opción III una etapa hacia la opción IV. El gobierno francés pedía que la legislación comunitaria se redactara con más precisión, que se evitaran los solapamientos legislativos y que se ofrecieran mecanismos de revisión eficaces en los instrumentos comunitarios. El gobierno austríaco abogaba también por la simplificación de la redacción y las excepciones a las normas generales y mencionaba la posibilidad de pasar de una armonización mínima a una plena. El gobierno finlandés consideraba que deberían colmarse por el legislador comunitario los vacíos legislativos, facilitar la comprensión de las normas y reducir las posibilidades de interpretación complementando y consolidando la legislación existente, con el objetivo de alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores. El gobierno portugués aludía al problema de los conceptos difíciles de trasponer en Derecho nacional o con significados diferentes en los distintos Estados miembros. El gobierno británico consideraba de gran valor la opción III, que recomendaba simplificar la legislación existente y mejorar la futura, así como corregir las incoherencias entre las Directivas existentes y las diferencias en las trasposiciones nacionales. El gobierno danés recomendaba centrar el esfuerzo en la elaboración de principios generales en lugar de adoptar normas muy detalladas en los diferentes ámbitos para reducir las incoherencias a nivel nacional y comunitario.

Para las organizaciones de consumidores debería mejorarse la legislación comunitaria en esta materia de consumo, proponiendo mejoras, entre otras, el aclarar el ámbito de aplicación, por ejemplo, dando una definición uniforme del término ‘consumidor’, así como armonizar las obligaciones de información, las vías de recurso y el derecho de rescisión de un contrato en los diferentes instrumentos comunitarios.

Los profesionales de la justicia apoyaron casi en su totalidad la opción III, aunque en algunas asociaciones se consideraba, por ejemplo, que una simple revisión no haría innecesaria la aplicación de diferentes disposiciones de la legislación nacional vinculante.

También la inmensa mayoría de los académicos del Derecho apoyaban la mejora de la legislación comunitaria existente, que consideraban excesivamente vaga y confusa en su terminología, y que debía mejorarse y hacerla más coherente, transparente y sencilla, aunque señalaban que la mejora de la legislación comunitaria no resolvería los problemas básicos del Derecho contractual europeo; proponían la revisión de definiciones y la armonización de los contenidos de las

diferentes Directivas, como los plazos de rescisión de los contratos y las consecuencias jurídicas de las rescisiones; también proponían transformar las Directivas en Reglamentos y elaborar un Código Europeo del consumidor que comprendiera todas las Directivas existentes.

Sobre la opción IV -adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario-, no se respondió de manera muy homogénea por los gobiernos. El italiano consideraba que debería llevarse a cabo una armonización horizontal en determinados ámbitos (v. gr., en materia de consumo) y combinar normas obligatorias y no obligatorias, ofreciendo la posibilidad de optar por uno u otro régimen jurídico. El gobierno portugués consideraba que esta opción no constituía un objetivo realista a corto plazo, pero creía que podría estudiarse una vez materializada la opción II, proponiendo intensificar los estudios académicos en este ámbito; no consideraba que la Directiva y la Recomendación fueran instrumentos adecuados, dado que ambos dan lugar a diferencias en las legislaciones nacionales. Bélgica, en cambio, se mostraba favorable a esta opción; el gobierno austríaco no se opuso explícitamente, pero recalca que sería un ejercicio largo y difícil, subrayando que las instituciones comunitarias no deberían oponerse a esta opción. Los Estados federados alemanes consideraban que esta opción era la adecuada a medio y largo plazo, a condición de que se demostrara su necesidad y aunque consideraban que la Comunidad no disponía entonces de una base jurídica para adoptar esta opción, afirmaban que debería examinarse la cuestión de esta competencia. El gobierno polaco también resaltaba la cuestión de la falta de competencia comunitaria para esta opción, pero consideraba que era una idea para el futuro desarrollo de la legislación comunitaria. También el gobierno austríaco destacaba la necesidad de estudiar la cuestión de la competencia.

El gobierno británico se oponía a esta opción en cualquiera de sus formas, considerándola desproporcionada y contraria posiblemente al principio de subsidiariedad.

Las organizaciones de consumidores diferían en cuanto a la necesidad y justificación de esta opción; las que se oponían alegaban que no se demostraba un perjuicio suficiente que justificara la intervención, sin que se denunciaran distorsiones de la competencia; las partidarias de esta opción diferían de la mejor variante que debería utilizarse.

La idea de un Código civil europeo se rechaza solo en 6 de las 27 respuestas de los profesionales de la justicia; los ingleses temían que se viera afectada la trascendencia general de la *Common law* inglesa, considerando que sería desproporcionado imponer un Derecho contractual obligatorio (en una respuesta inglesa concreta se consideraba que un sistema obligatorio pondría en peligro la actual exportación de la *Common law*, que ofrecía a las partes contratantes en el mundo entero mayor seguridad jurídica que los sistemas jurídicos del *Civil law*).

Otros consideraban que un Código civil europeo global sería la mejor opción, aunque en cualquier caso la tendencia era a preferir un sistema optativo.

Para los profesionales del Derecho se aceptaba esta opción mayoritariamente, si bien se consideraba una estrategia a largo plazo. Algunos también la rechazaban por completo.

En su Comunicación al Parlamento y al Consejo de 12.2.2003³¹, sobre un derecho contractual europeo más coherente y Plan de acción, la Comisión es consecuente con las respuestas recibidas a su anterior Comunicación de 11.7.2001 y abandona sus posiciones iniciales para sustituirlas por un Plan de acción más realista, tendente: por una parte, a adaptar las Directivas vigentes o proponer otras nuevas para mejorar el acervo comunitario; por otra, a promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo; y, por otra, a la creación de un **Marco Común de Referencia** - MCR o DCFR [*Draft Common Frame of Reference*]-.

El MCR sería un documento en que se establecieran unos principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual, como paso importante e intermedio para mejorar la calidad del acervo comunitario en este ámbito; la elaboración de este documento requeriría en todo caso de una profunda investigación y de una amplia contribución de todas las partes interesadas; y si se aceptaba ampliamente como modelo que mejor respondiera a las necesidades de los operadores económicos, era posible que fuera aceptado también como criterio de referencia por los poderes legislativos nacionales de la Unión, sirviendo así para reducir las divergencias entre los Derechos contractuales en la UE.

La Comunicación también precisaba los objetivos de ese MCR, los campos que debía cubrir y los aspectos organizativos.

En cuanto a los objetivos, se le marcan tres: en primer lugar, ofrecer las mejores soluciones posibles con respecto a la terminología y las normas comunes para disponer de un acervo comunitario coherente en el ámbito del Derecho contractual; el segundo objetivo que se le marca es que el MCR pueda llegar a ser un instrumento para la consecución de un mayor grado de convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados miembros (o incluso de terceros países); y en tercer lugar, constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo.

El campo o contenido que debía cubrir el MCR se establecía en función de los objetivos y sobre la base de las investigaciones que se desarrollaran, pero en todo caso, por una parte, debería regular esencialmente el Derecho contractual, sobre todo los tipos de contrato transfronterizos afectados, como los contratos de compraventa y los contratos de servicios; y, por otra parte, abarcar las normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos, así

³¹ COM(2003) 68 final DO C 63 de 15.3.2003, p. 1/44

como las relativas a la ejecución, el incumplimiento y las vías de recurso, y las normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y el Derecho sobre enriquecimiento indebido.

En cuanto a los aspectos organizativos, la Comisión reconoció que nunca había sido tan importante como entonces el conjunto de actividades de investigación que se desarrollaban en este campo, por lo que su objetivo era combinar y coordinar esas investigaciones en curso y solo recurrir a nuevas investigaciones cuando aquéllas no cubrieran todos los ámbitos afectados. Por otra parte, también refería la Comunicación que todas estas investigaciones podrían financiarse en el marco del sexto programa marco de investigación y desarrollo tecnológico.

El Parlamento en su Resolución de 2.9.2003³² celebra que el Plan de acción ponga en marcha una terminología común en el MCR para conceptos particularmente básicos y problemas típicos, pero constata también que la Comisión no ha sido capaz de alcanzar un acuerdo en su seno sobre un catálogo de medidas concretas acompañado de un calendario detallado para los próximos años, por lo que insta a la Comisión a impulsar con carácter prioritario su desarrollo y a comprimir el calendario previsto para completarlo, para antes de finales de 2006, y a renglón seguido proceder diligentemente a su aplicación.

La Comunicación de 11.10.2004³³ de la Comisión al Parlamento y al Consejo, sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo (perspectivas para el futuro), exponía las funciones del MCR (como su utilización para resolver los problemas de calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en este ámbito), así como la posibilidad de su utilización por los legisladores de los Estados miembros (para transponer a la legislación nacional las Directivas comunitarias en materia contractual e inspirarse en dicho marco para elaborar legislación propia en la misma materia); también para su utilización en caso de arbitraje; como complemento a la legislación nacional aplicable; y también constituir la base para desarrollar un posible instrumento facultativo.

Y en cuanto a la naturaleza jurídica de este MCR, la misma Comunicación expone (apartado 2.1.3) que en varias contribuciones al Plan de acción se había planteado la cuestión y que las propuestas diferían entre la de un acto jurídico vinculante, aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo, hasta la de un instrumento no vinculante, aprobado por la Comisión.

También argumentaba la Comisión que propiciaría un diálogo sobre la oportunidad de adoptar un instrumento facultativo y que, aunque era prematuro especular sobre los resultados de esta reflexión, sí que convenía precisar que no se pretendía proponer un “código civil europeo” para que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros (apartado 2.3). Sin embargo, la Resolución

³² DO C 76 E de 25.3.2004, p. 95

³³ COM (2004) 651 final

del Parlamento de 23.3.2006³⁴ (apartado C) vino a considerar “que, a pesar de que la Comisión haya negado que éste sea su objetivo, numerosos investigadores y terceros interesados que trabajan en el proyecto están convencidos de que el resultado final, a largo plazo, será la redacción de un Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo plenamente desarrollado y que, en cualquier caso, el proyecto constituye la iniciativa más importante emprendida en el ámbito del Derecho civil”.

Sin embargo, la propia Resolución considera también que “la decisión de elaborar un código es una decisión política”, por lo que esta decisión debía ser en todo caso adoptada por las autoridades políticas.

En esa misma Resolución el Parlamento pide a la Comisión que aproveche el trabajo en curso de los grupos de expertos sobre la redacción del Derecho contractual europeo y de la Red para el MCR (Red MCR, que incluye a representantes de organizaciones de consumidores, la industria, el mundo de los negocios y las profesiones jurídicas) con el fin de utilizar dichos resultados, en primer lugar, para la revisión del acervo comunitario en el ámbito del Derecho civil, y, posteriormente, para el desarrollo de un Derecho civil comunitario.

En su Resolución de 7.9.2006³⁵ sobre el Derecho contractual europeo, el Parlamento insiste (a) en su convicción de que un mercado interior uniforme no puede funcionar correctamente sin mayores avances hacia una armonización del Derecho civil; (b) en apoyar un enfoque en pro de un MCR más amplio en las cuestiones de Derecho contractual general que vayan más allá del ámbito de la protección del consumidor; (c) en subrayar que, además del trabajo de revisión del acervo en materia de consumo, deben continuarse las tareas sobre un MCR más amplio; y (d) en que deben mantenerse abiertas todas las posibles opciones en lo referente al objeto y la forma jurídica de un futuro instrumento, teniendo en cuenta que el resultado final a largo plazo podría ser un instrumento vinculante.

El segundo informe de la Comisión de 25.7.2007³⁶, de situación sobre el MCR, concluye afirmando que, según la idea inicial, se pretende que el MCR sea una “caja de herramientas” o un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual; y que según el calendario previsto los investigadores presentarían su proyecto de MCR para finales de 2007. Asimismo insistía en que “no tiene por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo”.

Los trabajos de la “Red común para el Derecho contractual europeo” (grupo de investigadores a los que la Comisión les había encargado la elaboración del

³⁴ DO C 292 E de 1.12.2006, p. 109

³⁵ DO C 305 E de 14.12.2006, p. 247

³⁶ COM (2007) 447 final

proyecto de MCR) fueron entregados oficialmente el 31.12.2007; estos trabajos incluyen el borrador del MCR, así como los trabajos del *Groupe Assurance* (Grupo de Seguros) y los del *Groupe Association Henri Capitant – Société de Législation Comparée*, “Terminología contractual común” y “Principios contractuales comunes”.

La Resolución del Parlamento de 12.12.2007³⁷, sobre el Derecho contractual europeo, acogió con satisfacción la conclusión del proyecto del MCR elaborado por los investigadores y pidió a la Comisión que presentara un plan claro para el proceso de selección de las partes del proyecto que se incluirían en el MCR definitivo, reiterando que se mantuvieran abiertas todas las opciones posibles sobre la finalidad y la forma jurídica del futuro instrumento del MCR, incluida la del carácter optativo del mismo.

A la vista del proyecto de MCR presentado a la Comisión a finales de 2007 y considerando que la Comisión había emprendido un proceso interno de selección con objeto de determinar qué partes del proyecto se iban a integrar en un próximo documento –por ejemplo, un Libro Blanco de la Comisión sobre un MCR –, toda vez que consideraba también que se trataba de un documento académico y que la posible selección de las partes del proyecto que debían integrarse en el próximo documento de la Comisión constituía un ejercicio de carácter eminentemente político, la Resolución del Parlamento de 3.9.2008³⁸ sobre el MCR para el Derecho contractual europeo, pide a la Comisión (2) que presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conduciría a la elaboración del documento de la Comisión y (3) que vele por que el proyecto estuviera disponible en el mayor número posible de lenguas, a fin de garantizar que todas las partes interesadas tuvieran acceso, y señala que (5) ese documento de la Comisión constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo; señala asimismo (7) que, a la hora de adoptar una decisión sobre el contenido del MCR debe tenerse en cuenta la declaración del Consejo de 18.4.2008, según la cual debe ser un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes, que deben utilizarse a escala comunitaria, por lo que sugiere (8) que sea lo más amplio posible, porque debe tenerse presente (11) que el MCR podría ir mucho más allá de un mero instrumento legislativo y convertirse en un instrumento opcional.

El texto académico del *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE –DCFR–* que han preparado el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law [Acquis Group]*, en la fecha de este trabajo aparece editado

³⁷ Textos aprobados. P6_TA(2007)0615

³⁸ P6_TA-PROV(2008)0397

por Christian von Bar y Eric Clive en *Sellier, European Law Publishers GMBH*, Múnich, y publicado en 6 volúmenes, que en edición *outline* puede consultarse de forma gratuita en www.sellier.de.

El primero de los volúmenes contiene los Libros I, II y parte del Libro III, relativos, el primero, a disposiciones generales, el segundo a contratos y otros actos jurídicos (disposiciones generales, no discriminación, negociación y derechos precontractuales, formación, derecho de desistimiento, representación, causas de invalidez, interpretación y contenido y efectos de los contratos); y la parte del Libro III, que lleva el título de obligaciones y derechos correspondientes, comprende un capítulo de disposiciones generales, otro relativo al cumplimiento, otro a los remedios por el incumplimiento, y un cuarto que regula la pluralidad de deudores y acreedores. El volumen segundo comprende la continuación del Libro III (con los capítulos dedicados a la subrogación en las partes, la compensación y la prescripción) y una parte del libro IV, con el título de contratos específicos y derechos y obligaciones que se derivan de los mismos (que comprende los capítulos dedicados la compraventa - A-, arrendamiento de bienes muebles -B- y servicios -C-). El volumen tercero comprende la continuación del Libro IV (en que se regula el contrato de mandato -D-, de agencia, de franquicia y distribución -E-, de préstamo -F-, de seguridad personal -G- y de donación -H-) y el Libro V, que con en relación a la gestión de negocios ajenos regula en tres capítulos su contenido y los derechos y obligaciones de sus intervinientes. El volumen cuarto comprende los Libros VI (relativo a la responsabilidad extracontractual por daños, en siete capítulos) y VII (el enriquecimiento injusto, en otros siete capítulos). El volumen quinto contiene el Libro VIII, sobre la adquisición y pérdida de la propiedad (en siete capítulos); y el último volumen -6- contiene los Libros IX (de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles) y X (del trusts).

En cuanto a lo que a este trabajo interesa -los PECL- se advierte que el DCFR los ha incorporado, aunque no como fueron concebidos, sino que han sido revisados y acomodados a la estructura de este nuevo texto, pero su revisión se ha hecho por personas que no todas formaron parte de la Comisión Lando que los engendró, aunque se ha de tener en cuenta también que este nuevo texto es también académico, que se ha presentado al público en general y a la Comisión para su debate, que sobrepasa los límites del encargo en cuanto a su ámbito y que deberá ser sometido a debate de la propia Comisión, que no tiene por qué aceptarlo en bloque, ni tal y como se le presenta.

III.- LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)

A. Iniciativas académicas de armonización y/o unificación del Derecho privado europeo

A nivel institucional, los organismos de la UE presentían –como hemos visto- esa necesidad de unificación del Derecho privado europeo y se ponen en marcha a partir de que con el Acta Única Europea –Luxemburgo, 17 de febrero de 1986- se dispusiera (i) la adopción por la Comunidad de “las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminaría el 31 de diciembre de 1992...”³⁹, por cuanto que se consideraba que el mercado interior implicaría un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada, y (ii) que debía informar la Comisión al Consejo sobre el desarrollo de todos los trabajos encaminados a la realización de este mercado interior⁴⁰.

Y es mediante la Resolución de 26 de mayo de 1989 del Parlamento europeo que se insta a los Estados miembros a que inicien los trabajos preparatorios necesarios para la redacción de un “*Common European Code of Private Law*”.

Este objetivo se marca así porque se consideraba que se habían armonizado hasta la fecha algunos aspectos individuales del Derecho privado, pero no de todas sus ramas, y que la manera más eficaz de llevar a cabo esa armonización con miras a un desarrollo del mercado único era la unificación de las principales ramas del Derecho privado, y fundamentalmente el Derecho contractual, pero sin agotar ahí todas las posibilidades de la unificación,

Sin embargo, antes ya se venía trabajando a nivel académico en ese concreto camino, y no ya con la añoranza del argumento histórico de nuestro pasado *ius commune*, sino con el argumento práctico de esa misma necesidad reciente de hacer posible el mercado común, ese mercado único sin fronteras interiores, de libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales. En todo caso, también se ha de reconocer que el camino no estaba exento de polémicas y debates, no sólo respecto de la forma de conseguir esa unificación (si mediante un sistema blando -de *soft law*- de elaboración de unos Principios o reglas comunes a todos los ordenamientos involucrados, no vinculantes, o mediante la formulación de un Código, vinculante, impuesto desde arriba), sino también respecto de las materias que se debían comprender en esa armonización y unificación, e incluso más, el debate alcanzaba a si esa armonización y/o unificación debía ceñirse al

³⁹ Art. 13 AUE

⁴⁰ Art. 14 AUE

ámbito intracomunitario o también que alcanzara el ámbito propio nacional de cada uno de los Estados miembros.

Entre estas iniciativas académicas partidarias de una armonización y unificación paulatina, lenta y blanda de *soft law*-, de utilización no vinculante de unos principios o reglas comunes, destacan:

(i) La denominada “*Comission of European Contract Law*”, del grupo de trabajo presidido por el profesor Ole Lando –conocida por eso también como Comisión Lando-, que se crea en Bruselas en 1980 con el objetivo de estudiar y formular un conjunto de Principios de derecho contractual europeo, comentados y anotados, para que sirvieran de base en la elaboración de un futuro Código Europeo de contratos. Estaba integrada por un grupo de expertos académicos de todas las jurisdicciones de la UE, y de Noruega y Suiza, que, después de concluir su trabajo con la publicación de los *Principles of European Contract Law*, se ha integrado en el *Study Group of European Civil Code*.

(ii) El Study Group of European Civil Code se funda en 1998, por iniciativa de los profesores Christian Von Bar –de la Universidad de Osnabrück (Hannover)- y Ole Lando, e integrado por más de cien juristas de todos los países de la UE, y algunos observadores de otros países (Noruega, Polonia, Hungría, Eslovenia)⁴¹ que, en su mayoría, ya habían trabajado también en la Comisión Lando para la elaboración de los PECL. Por tanto, la metodología de trabajo⁴² sería la misma: buscar los denominadores comunes de la materia en estudio en los distintos ordenamientos nacionales y elaborar unos principios capaces de funcionar por sí solos, para lo que se consideraba útil completarlos con comentarios y anotaciones. Y todo ello en coordinación con otros grupos que ya estaban trabajando en otras materias, como la normativa sobre seguros, de garantías, los *trusts*... Entre ellos el European Group on Tort Law (fundado en 1992 por el profesor Jaap Spier –de la Universidad de Tilburg-, que inicialmente se denominó por ello Grupo Tilburg, y dirigido por nuestro académico Miquel Martín Casals), que encaminaba sus estudios hacia la elaboración de unos Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil.

Los trabajos de estos grupos no tenderán meramente a recoger en un cuerpo escrito los derechos de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE, y unificarlos, sino, con un objetivo más amplio, pretenden desarrollar un nuevo Derecho que, recogiendo los principios comunes de estos ordenamientos, integrados incluso con ordenamientos externos, sea aplicable a todos los países de

⁴¹ Entre ellos ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, de la Universidad de Barcelona y Magistrada del TS que como Ponente en sus sentencias cita los PECL.

⁴² Para conocer la metodología de trabajo de triple escala (grupos de trabajo, grupos de consultores y grupo coordinador) puede consultarse el artículo de ALMUDENA DE LA MATA, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo” en Aranzadi Civil núm. 7/2003.

la UE, es decir, crear un nuevo Derecho que supere en calidad y eficacia a los ordenamientos que le sirven de base de estudio.

(iii) El Grupo de Trento, fundado en 1995 por los profesores Ugo Mattei y Mauro Bussani -de la Universidad de esta ciudad-, conocido como *Common Core of European Private Law*, o simplemente *Common Core*. Destacan porque pretenden construir una cultura común a partir de la cartografía jurídica de Europa, una cartografía jurídica que desentierre el núcleo común del Derecho privado europeo, inspirándose en la geografía y usando un color intenso para representar una zona de mayor certeza, de la misma forma en que las elevaciones mayores están representadas en un mapa de contornos, y más pálido en casos de incertidumbre jurídica en el Derecho aplicable por los tribunales. No pretende elaborar un articulado normativo, sino solo poner de relieve los puntos de coincidencia y divergencia entre los distintos sistemas de ordenamientos europeos en materia de Derecho privado. Parten de una serie de casos prácticos, los resuelven según los distintos ordenamientos y comparan los resultados, poniendo de relieve los puntos de coincidencia y de divergencia.

(iv) Otros grupos de estudio en esta misma dirección, y que pueden citarse, son la “*Society of European Contract Law*” -SECOLA, que es una asociación de profesores y profesionales creada en 2001 para promover el mercado interior por medio de la armonización del Derecho contractual europeo; el “*Acquis Group*” – *European Research Group on Existing Community Private Law*-, de la Universidad de Bielefeld, fundado en 2002, bajo la dirección del profesor Schulte-Nölke, con sus investigaciones hacia una ordenación sistemática de la legislación comunitaria existente, en especial en materia de consumo; la *Europäische Rechtsakademie Trier* (ERA); el Instituto universitario europeo y academia de derecho europeo de Florencia; y la *Commission on European Family Law* (CEFL), en el seno del Instituto Molengraaff de Derecho privado de la Universidad de Utrecht.

Y por la vía de la unificación del Derecho europeo mediante una ley, con eficacia vinculante, que sustituya en su día los distintos ordenamientos nacionales en materia de obligaciones, contratos en particular y responsabilidad extracontractual, han optado un grupo de juristas de distintos países que en otoño de 1990 se reunieron en la Universidad de Pavía para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa por esta vía, y que acordaron formar un grupo de trabajo permanente, formalmente constituido en 1992 con el nombre de “Academia de iusprivatistas europeos”, con sede en Pavía, bajo la dirección del profesor Giuseppe Gandolfi.

Este grupo parte de la base –en sus argumentos- de que la pluralidad de ordenamientos nacionales es un impedimento para el mercado único y descartan la posibilidad de solución mediante Directivas comunitarias. Consideran, por tanto, que la solución ha de venir dada por la formulación de un Código sobre

obligaciones y contratos que, aunque bien podría verse en un principio como algo de imposible o muy difícil construcción, sin embargo consideraban que existían circunstancias que permitían ser optimistas, como era, por una parte, que los distintos ordenamientos continentales tenían una base común romano-canónica, y, por otra, que la dificultad de conciliar las familias del sistema continental y del sistema anglosajón podía verse favorecida por la iniciativa del Parlamento británico de acometer la codificación y la reforma de su derecho, con la redacción del proyecto de *Contract Code* de Harvey McGregor. Por esto ha sido que este grupo de estudio ha tenido como fuentes fundamentales de su trabajo este *Contract Code*, redactado para la *Law Commission* inglesa, por su contenido de síntesis del Derecho inglés y escocés, y el Código civil italiano, por estar acusadamente influido por el francés y por el BGB alemán. Y fruto del trabajo de esta Academia, en el que ha participado activamente nuestro profesor José Luis de los Mozos, incluso ostentando su Presidencia, ha sido el “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos”.

En la presentación y dedicatoria que de la publicación⁴³ de este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, y de los comentarios en homenaje al Prof. De los Mozos, se hace por C. Vattier Fuenzalida y J. M. de la Cuesta Sáenz, se resalta que los dos modelos a que nos estamos refiriendo, el de armonización por la vía del *soft law* y el de la unificación mediante ley vinculante, “no se contraponen ni se excluyen mutuamente”, sino que son compatibles “porque, bien mirados, constituyen dos etapas sucesivas dentro del largo y complejo proceso de unificación”, el primero –modelo doctrinal (*soft law*)- representaría un momento preparatorio y provisional para dar paso después al modelo legal, como meta final y definitiva del proceso, y como así consideran que entonces había entendido tanto la Comisión (en su Comunicación de 11.7.2001) como el Parlamento Europeo (en su Resolución de 15.11.2001).

B. Los PECL

Los *PECL* –que es el texto final de la labor de la Comisión Lando cuyas reglas utilizadas por nuestra jurisprudencia nos sirven de estudio para nuestro trabajo- ha sido el fruto de la iniciativa académica o profesoral en los incipientes trabajos para la unificación del Derecho privado de los ordenamientos nacionales, dentro de la UE, en materia de obligaciones y contratos, sin que debamos olvidar que surge mucho antes, incluso, de que se dictara la primera de las resoluciones del Parlamento Europeo instando a esa unificación. Si aquella Resolución del Parlamento se dicta en mayo de 1989, fue bastante antes cuando, con ocasión de un simposio celebrado en 1974 (en la *Copenhagen Business School* en relación con el borrador de un Convenio de la CEE sobre legislación aplicable a las

⁴³ Editorial Dykinson, Madrid 2003

obligaciones contractuales y no contractuales), preparado por un grupo de trabajo de expertos dirigidos por el Dr. Winfried Hauschild⁴⁴, surge la idea de que la opción que se proponía el simposio –de un convenio de normas legales- sería insuficiente y nunca alcanzaría la uniformidad legal necesaria para un mercado europeo único, porque para ello, según Hauschild y el profesor Ole Lando, se necesitaban normas legales de carácter sustantivo, se necesitaba “un código de obligaciones europeo”⁴⁵.

En los años que siguen a ese simposio de 1974 es cuando se forma la Comisión Lando. El método de trabajo que adopta esta Comisión se inspira en los *Restatements* del *American Law Institute*, cuyo papel había consistido en ordenar por materias las diversas doctrinas que imperaban en la jurisprudencia norteamericana, con alguna recomendación para el futuro, pero con valor meramente persuasivo, sin eficacia vinculante, de aplicación voluntaria tanto para las partes como para los jueces, que era asimismo el método que se había seguido para la elaboración de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)⁴⁶.

En la elaboración de esta obra se han sucedido tres Comisiones. La primera se constituyó en la reunión de Hamburgo en 1982 –después de dos reuniones anteriores en Bruselas, en diciembre de 1980 y en noviembre de 1981, para preparar el trabajo y para buscar fondos económicos. En esta Comisión, después de varias reuniones de trabajo previas, y de la incorporación de España el 1 de enero de 1986 como Estado miembro de las CE, a partir de la novena reunión en Londres, en octubre de 1986, participa como miembro de esta primera comisión el Profesor Alberto Bercovitz. En su última reunión de 1990 se adoptaron los artículos de la primera parte de la obra –Parte I-, relativos a las reglas sobre cumplimiento debido y remedios en caso de incumplimiento-, publicados por Hugh Beale y Ole Lando en Dordrecht, en 1995, bajo el título de “*The Principles of European Contract Law, Part I*”.

La segunda Comisión empieza a trabajar en septiembre de 1992 y acaba en su última reunión de 1996 adoptando los artículos de la segunda parte de la obra – Parte II- y las enmiendas a la primera parte, que se publican en un solo cuerpo a mediados del año 2000 por la editorial *Kluwer Law International*; y como

⁴⁴ Miembro de la Dirección General de Mercado Interno en la Comisión de las Comunidades Europeas.

⁴⁵ El profesor OLE LANDO comenta en el Prefacio de la publicación de los PECL (parte I y parte II) que, tras el simposio, en una cena y sentado junto al Dr. W. HAUSCHILD, director del grupo que había preparado el borrador del Convenio, éste dijo textualmente que se necesitaba “un código de obligaciones europeo” para conseguir la uniformidad legal necesaria para un mercado europeo único.

⁴⁶ Organización intergubernamental con sede en Roma que tiene como finalidad el estudio de los medios para la armonización, organización y coordinación del Derecho privado entre los Estados.

miembro de esta segunda comisión participa nuestro profesor Pablo Salvador Coderch, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Y en la tercera Comisión participa como miembro el Prof. Fernando Martínez Sanz, de la Universidad Jaime I, de Castellón, Comisión que en su última reunión de febrero de 2001 adopta los artículos de la tercera parte de la obra –Parte III-, formada por dos grupos de capítulos distintos, el primer grupo (capítulos 10 al 14) relativo a la pluralidad de sujetos o partes, cesión de créditos, subrogación y cesión de contratos, compensación y prescripción, que vendría a ser la continuación de las Partes I y II, y un segundo grupo de capítulos (capítulos 15 a 17) relativos a la ilicitud de los contratos, a los tipos de condiciones y a la capitalización del interés, que, de publicarse en un volumen conjunto, las tres partes de los PECL aparecerían como capítulos separados, pero el último grupo de capítulos no sería continuación de los anteriores, sino que cubren vacíos padecidos anteriormente y que, de publicarse conjuntamente, no aparecerían así, sino reconducidos al lugar que les correspondiera en sus respectivos capítulos.

En la propia introducción de la obra, sus autores consideran que los *PECL* son una respuesta a la necesidad de crear una infraestructura del Derecho de contratos válida para toda la Unión y de la que se pueden derivar muchos beneficios, y, entre éstos, se refieren al fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa, al eliminarse las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales que lo perjudican y someter los negocios transfronterizos a un sistema común y uniforme para todos los contratantes, confiando en que, con el tiempo, estas reglas comunes serán más conocidas para los contratantes que las reglas nacionales de cada uno de los ordenamientos extranjeros.

Otra finalidad que se persigue es la del fortalecimiento el mercado único europeo. Se considera que el comercio dentro de la Unión se encuentra obstaculizado como consecuencia de las diferencias entre los distintos ordenamientos nacionales, y que, armonizando los principios de Derecho de contratos de estos ordenamientos, se evitarán las distorsiones del mercado y lo fortalecerá.

Sobre la constatación de que cada vez es más abundante la legislación comunitaria que incide en el ámbito de los contratos en general, y en especial sobre los de consumo, y de que existen disparidades considerables entre los distintos ordenamientos nacionales en esta materia (en aspectos tan importantes como la formación, validez formal y sustancial, efectos sustantivos o esenciales, remedios para caso de incumplimiento y condiciones bajo las que no se exige el cumplimiento), que incluso carecen de una terminología común, los *PECL* pretenden ser una infraestructura para las propias leyes comunitarias sobre la que construir medidas más específicas de armonización y de integración jurídica europea.

También pretenden los *PECL* estar a disposición de los legisladores y tribunales de la Comunidad y de sus Estados miembros, con la finalidad de solventar y dar

soluciones uniformes a los distintos problemas que se plantean en el Derecho de contratos (como por ejemplo, en lo referente a las garantías del cumplimiento de los contratos y al otorgamiento de protección en el caso de que un cambio de circunstancias convierta el cumplimiento del contrato en algo excesivamente oneroso para alguna de las partes⁴⁷, algo que se considera que se repite con frecuencia y sobre lo que nada se dice en la mayoría de los ordenamientos nacionales); e incluso pueden servir –según sus propias pretensiones– para inspiración de los legisladores fuera de la Unión, en el centro y en el Este de Europa, para cubrir así las necesidades de una economía de mercado.

Y, por último, otra de las finalidades que persiguen estos *PECL* es la construcción de un puente entre el “*civil law*” y el “*common law*”, con reglas comunes destinadas a reconciliar sus diferencias jurídicas y filosóficas, porque no sólo hay diferencias notables entre los ordenamientos del *civil law* entre sí, sino también, y más notables, entre las dos tradicionales familias, en especial en cuanto a la estructura jurídica y razonamiento, terminología, conceptos fundamentales y clasificaciones, poniéndose como uno de los ejemplos el que, en el *civil law* se considera legítimo que un contrato contenga cláusulas penales para disuadir a que ninguno de los contratantes se aparte del contrato, mientras que en el *common law* se considera que imponer sanciones es algo coactivo, inconveniente, prefiriéndose la liquidación de daños por vía de compensación por pérdidas anticipadas.

Y así es lo cierto que, el Derecho contractual, no se concibe lo mismo, por ejemplo, en Francia, que en Alemania o en Gran Bretaña, ya que cada uno lo ha ido construyendo según su historia y su cultura.

En el Derecho francés (fruto de la influencia del Derecho romano del Derecho canónico), la concepción consensualista⁴⁸ se convirtió en un elemento esencial que el *Code* consagró con fuerza obligatoria: lo que las partes acuerdan fruto de su libre voluntad debe cumplirse tal y como lo hayan establecido y sólo las propias partes pueden modificarlo o deshacerlo; por eso no se admite, por ejemplo, que el precio sea fijado por una sola de las partes o que el Juez intervenga y revise el contrato en caso de modificación de las circunstancias iniciales –la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Derecho alemán, aunque basado también en el Derecho romano (libertad contractual y voluntad de las partes), sin embargo admite una participación más importante del Juez en el restablecimiento de un equilibrio contractual, en particular a la luz de la interpretación de otros preceptos o principios generales contenidos en el propio ordenamiento jurídico, como la buena fe o los principios

⁴⁷ La vieja cláusula *rebus sic stantibus*.

⁴⁸ De la cláusula edictal *pacta conventa servabo* (con que el Pretor acabó por defender los acuerdos libremente concluidos, aunque lo fuera de manera informal, siempre que lo fuera con base en la *bona fides* recíproca y no contrarios al ordenamiento) y del aforismo *pacta sunt servanda*, de los canonistas.

de valor constitucional; la fuerza vinculante de la voluntad de las partes se suaviza al admitirse la teoría de la imprevisión, por lo que puede el Juez adaptar el contenido del contrato para restablecer el equilibrio originariamente diseñado cuando por circunstancias imprevistas y sobrevenidas se ha alterado aquel equilibrio. A diferencia del Derecho francés, el alemán no considera el precio como un elemento esencial del contrato, por lo que su ausencia no implica automáticamente su nulidad y se permite su revisión.

El Derecho contractual del “*common law*”, en cambio, no se basa en el Derecho romano, sino en la jurisprudencia de sus tribunales reales que se desarrolla a partir del s. XII y que nace de la práctica y del procedimiento. El propio contrato se define como “un acuerdo cuyas consecuencias vinculan del mismo modo a las partes”: implica una “oferta” y una “aceptación”. Su concepto de contrato no admite compromisos unilaterales, ni actos a título gratuito. Y su elemento diferenciador radica fundamentalmente en el silogismo resultante –daños y perjuicios- del incumplimiento de la oferta aceptada: quien incumple responde con el pago de los daños y perjuicios, mientras que, en el Derecho francés, debe cumplirse el contrato –cumplimiento específico-, según lo convenido, y sólo ante la imposibilidad de ese cumplimiento se acude al resarcimiento de los daños y perjuicios. El derecho inglés tampoco recoge en la construcción de su Derecho contractual una concepción moral del contrato, aunque exige el respeto a la lealtad contractual, pero se centra más en las situaciones creadas que en la forma en que se crearon estas situaciones, por eso no existe en el Derecho inglés una obligación de información, ni una responsabilidad pre-contractual (porque el contrato no ha nacido). Y en cuanto al precio, tampoco es un elemento esencial, permitiéndose un contrato de venta que no contenga precio estipulado, lo que obliga a permitir que sea después determinado en un *quantum* razonable.

Se expone también en esa fase introductoria de esta obra, de manera consecuente con sus finalidades, que los *PECL* pretenden servir a una amplia gama de instituciones, empresas y particulares.

Pretenden servir a los órganos de la UE, tanto para redactar su legislación, como para su aplicación por los tribunales, árbitros y asesores jurídicos; y en este apartado traen sus autores a colación la pretensión del Parlamento europeo en su Resolución de 26.5.1989 de fomentar los trabajos para la confección de un futuro Código europeo de Derecho privado, y consideran que los *PECL* constituirían así un primer paso en la confección de cualquier futuro Código europeo de contratos.

Se consideran también útiles los *PECL* como “reglas neutras” a las que pueden someterse voluntariamente las partes contratantes, dejando aparte las reglas propias de sus ordenamientos y sometiéndose a éstas que se consideran que ofrecen mejores soluciones.

Pretenden también constituirse para las partes y para los árbitros en *lex mercatoria* europea moderna: se aprecia como frecuente que en los contratos internacionales

se sometan las partes al arbitraje y que propongan sujetar el laudo a la “*lex mercatoria*”, o a “los principios generales del Derecho”, o “los principios aceptados a nivel internacional”, o frases similares, con lo que el árbitro puede intuir lo que las partes están aceptando y a qué se están sometiendo para dirimir sus divergencias, pero no deja de ser un sistema poco determinado, por lo que uno de los objetivos que se proponen los *PECL* es llegar a ser en estos casos la “*lex mercatoria*” europea moderna, que cuando las partes se refieran a esos principios generales o a esa *lex mercatoria*, sepan que se están refiriendo a estos *PECL*.

Tienen también los *PECL* entre sus objetivos el servir de modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho de contratos: los jueces o los árbitros pueden resolver los litigios, cuando la cuestión no venga regulada adecuadamente por el ordenamiento nacional, acudiendo a estos Principios, y sabiendo que son el fruto de un profundo estudio del Derecho comparado de los distintos ordenamientos europeos y representan el núcleo común, o un desarrollo progresivo de este núcleo (lo que hasta ahora venían los jueces haciendo cuando en sus resoluciones acudían al estudio del Derecho comparado); y por las mismas razones, también los legisladores de los ordenamientos europeos pueden acudir a estos *PECL* en sus reformas del Derecho de contratos.

Y, por último, el objetivo a largo plazo de los *PECL* es servir de modelo en el que basarse los Estados miembros de la UE en su labor de armonización del Derecho general de contratos dentro de la UE y posterior base para cualquier futuro Código europeo de contratos.

En cuanto a su contenido material, lo que le sirve es el Derecho general de obligaciones contractuales. No se regula ningún contrato en particular, ni se disponen cláusulas especiales para contratos, sino las obligaciones contractuales en general; y no solo para contratos mercantiles o comerciales, sino para los contratos en general, incluidos los contratos entre comerciantes y consumidores y ya sean entre nacionales o internacionales, si bien que sus propios autores consideran que resultarán más útiles a las relaciones mercantiles internacionales.

En cuanto a los temas de este Derecho general de obligaciones contractuales que recogen los *PECL*, se comprenden reglas que en algunos ordenamientos forman parte del Derecho de daños (como ilícitos civiles) –v.gr., la responsabilidad por *culpa in contrahendo*–, o del derecho de “restitución”, en los casos de anulación del contrato por motivos de su invalidez o en los casos de incumplimiento.

En su primera edición, publicada en 1995 como “*The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non-Performance and Remedies, Prepared by the Commission on European Contract Law*”, y editada por Hugh Beale y Ole Lando, en Dordrecht, por la editorial *Martinus Nijhoff Publishers*, constaban de 59 reglas o artículos relativos a disposiciones generales, al contenido de los contratos y al cumplimiento e incumplimiento contractual.

En su segunda edición, que aparece publicada en 1998, se comprende la Parte I – enmendada- y la Parte II, como “*Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*”, con reglas sobre la formación, validez, interpretación, contenido y mandato⁴⁹.

Y la Parte III y última de las que componen el trabajo de la Comisión, fue acabada en febrero de 2001 y aparece estructurada de manera que pueda ser utilizada en combinación con el volumen de las Partes I y II, comprendiendo reglas sobre las obligaciones solidarias, cesión de créditos, sustitución del deudor, compensación, prescripción, ilicitud de los contratos, su condicionamiento y capitalización del interés.

En cuanto a las fuentes de las que se han servido sus redactores, consecuente con su finalidad y objetivos, los *PECL* son el resultado funcional de un estudio comparado de los distintos ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros de la UE; pero, como en su introducción ya advierten los propios autores, sin que ello quiera decir que todos los ordenamientos hayan tenido la misma influencia, y sin que tampoco ninguno de ellos haya servido de punto de partida ni siquiera para la terminología que se utiliza; y también advierten sus redactores que no sólo han servido de fuente los ordenamientos jurídicos en sí mismos, sino que han utilizado una amplia gama de materiales jurídicos europeos y no europeos; y citan el *Uniform Commercial Code* norteamericano - redactado bajo la dirección de Karl Llewellyn por la Conferencia Nacional de Comisionados y por el *American Law Institute* entre 1942 y 1954- y los *Restatements* norteamericanos de contratos y de “restitución” o de indemnización por daños y perjuicios, así como que algunas reglas reflejan soluciones que no se han materializado todavía en ninguno de los ordenamientos actuales.

Aunque no lo citan sus redactores, otra fuente de inspiración de los *PECL* lo constituyen los Principios Unidroit (sobre los contratos comerciales internacionales), en cuya redacción participó también el profesor Ole Lando y bastantes miembros del mismo grupo de trabajo, y que se enmarcan, junto con otros textos de carácter internacional, en lo que se llama Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Los Principios Unidroit se configuran como un Código aplicable a los contratos mercantiles internacionales, pero se equiparan mejor a los *Restatements*, por su finalidad y contenido, y por su forma de presentación, acompañada también su redacción de ejemplos y de un título para cada artículo que indica o adelante ya cuál es su contenido.

Otra de las fuentes de los *PECL* que sus autores no citan, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías –o Convención de Viena de 1980, CISG-, que es el primer texto en el que se

⁴⁹ Para este trabajo se utiliza la edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ, publicada en 2003 por el Consejo General del Notariado.

produce de una manera especial una relativa fusión de los sistemas del *common law* y del *civil law*. Algunas de las reglas de la CISG fueron trasladadas a los Principios Unidroit y de aquí a los PECL.

Los PECL se estructuran, como ya hemos indicado, en dos volúmenes. El primero lo integran las partes I y II, combinadas y revisadas, divididas en 9 capítulos (subdivididos algunos de ellos en secciones). Esta forma abierta de estructurar los textos les atribuye un carácter dinámico que permitirá ir, en su caso, incorporando nuevas regulaciones y modificaciones, sin que se resienta su sistemática, porque se es consciente del movimiento, y más en nuestra actual época de constante cambio, mucho más dinámica que en la época de las grandes codificaciones decimonónicas. Y con esa finalidad de posibilitar la flexibilidad y actualización continuada de los textos, sin que sufra su sistemática, el primer número de cada artículo indica el capítulo al que pertenece, el segundo número indica la sección, dentro de ese mismo capítulo, y los dos siguientes indican propiamente la regla en particular⁵⁰.

Con la finalidad de tener una visión general del compendio de materias y su sistemática, procedemos a continuación a detallar el sumario completo de los dos volúmenes de los PECL (partes I y II) (parte III):

Parte I y II

Capítulo 1.- Disposiciones generales

Sección 1.- Finalidad de los Principios (arts. 1:101 al 1:107)

Sección 2.- Obligaciones generales (arts. 1:201 y 1:202)

Sección 3.- Terminología y otras disposiciones (arts. 1:301 al 1:305)

Capítulo 2.- Formación de los Contratos

Sección 1.- Disposiciones generales (arts. 2:101 al 2:107)

Sección 2.- Oferta y aceptación (arts. 2:201 al 2:211)

Sección 3.- Responsabilidad en las negociaciones (art. 2:301 y 2:302)

Capítulo 3.- Poder de representación

Sección 1.- Disposiciones generales (arts. 3:101 y 3:102)

Sección 2.- Representación directa (arts. 3:201 al 3:209)

Sección 3.- Representación indirecta (art. 3:301 al 3:304)

Capítulo 4.- Validez (arts. 4:101 al 4:119)

Capítulo 5.- Interpretación (arts. 5:101 al 5:107)

Capítulo 6.- Contenido y efectos (arts. 6:101 al 6:111)

Capítulo 7.- Pago o cumplimiento (arts. 7:101 al 7:112)

Capítulo 8.- Incumplimiento y medidas de tutela en general (arts. 8:101 al 8:109)

Capítulo 9.- Remedios específicos en caso de incumplimiento

⁵⁰ Sigue también esta sistemática la estructura del Código civil de Cataluña, que permite elaborarlo por libros o por partes de libro, como desde años –desde 1976- hace el legislador del Código civil neerlandés.

Sección 1.- Derecho a exigir el cumplimiento (arts. 9:101 al 9:103)

Sección 2.- Excepción de incumplimiento contractual (art. 9:201)

Sección 3.- Resolución del contrato (arts. 9:301 al 9:309)

Sección 4.- Reducción del precio (art. 9:401)

Sección 5.- Daños y perjuicios (arts 9:501 al 9:510)

Parte III

Capítulo 10.- **Pluralidad de sujetos**

Sección 1.- Pluralidad de deudores (arts. 10:101 al 10:111)

Sección 2.- Pluralidad de acreedores (arts. 10:201 al 10:205)

Capítulo 11.- **Cesión de créditos**

Sección 1.- Disposiciones generales (arts. 11:101 al 11:104)

Sección 2.- Efectos de la cesión entre el cedente y el cesionario (arts. 11:201 al 11:204)

Sección 3.- Efectos de la cesión entre el cesionario y el deudor (arts. 11:301 al 11:308)

Sección 4.- Orden de prelación entre el cesionario y los demás demandantes (art. 11.401)

Capítulo 12.- **Sustitución del deudor: cesión del contrato**

Sección 1.- Sustitución del deudor (arts. 12:101 y 12:102)

Sección 2.- Cesión del contrato (art. 12:201)

Capítulo 13.- **Compensación** (arts. 13:101 al 13:107)

Capítulo 14.- **Prescripción**

Sección 1.- Disposición general (art. 14:101)

Sección 2.- Plazos para la prescripción y cómputo de los mismos (arts. 14:201 al 14:203)

Sección 3.-Ampliación del plazo (arts. 14:301 al 14:307)

Sección 4.- Interrupción y reinicio de la prescripción (arts. 14:401 y 14:402)

Sección 5.- Efectos de la prescripción (arts. 14:501 al 14:503)

Sección 6.- Modificación por acuerdo entre las partes (art. 14:601)

Capítulo 15.- **Ilicitud** (arts. 15:101 al 15:105)

Capítulo 16.- **Condiciones** (arts. 16:101 al 16:103)

Capítulo 17.- **Capitalización del interés** (art. 17:101)

El método que se adopta en la formación de este cuerpo de reglas o principios puede compararse con el *Restatement of the Law of Contract* americano (que a buen seguro le sirve de inspiración); en el caso americano, los diferentes Estados fueron adoptando el *common law* inglés y lo fueron aplicando e interpretando por sus tribunales de la manera que a cada uno le parecía más procedente, con lo que los resultados divergentes eran lógicos y también que las diferencias llegaran a ser importantes y a crear verdaderos problemas, por lo que, para intentar evitar esas divergencias, el *American Law Institute* promovió la redacción y publicación de una serie de *Restatements*, con esa idea de sistematizar los principios generales del *common law*, formulando los principios generales del Derecho existente en

cada Estado, y entre ellos el Derecho referido a los contratos, fomentando así la clarificación y simplificación del Derecho de contratos, que, aunque no se puede considerar que sea Derecho en sentido propio que vincule a los tribunales, tiene al menos una relativa importancia unificadora, debido a la autoridad de su propia reputación.

Los *PECL*, en cambio, no se limitan –como los *Restatements*- a recoger el Derecho vigente en cada uno de los distintos Estados miembros de la UE, sino que se formulan sobre esa base y obtenidos del núcleo común de todos los ordenamientos nacionales, pero creando un sistema o conjunto de reglas operativas y capaces de resolver por sí mismas los problemas que se puedan plantear en el campo de Derecho de contratos, facilitando incluso la posibilidad de acomodación a los cambios en la evolución del pensamiento jurídico e integrándose en sus lagunas con sus propias normas.

Por último, también se puede señalar que para una mejor comprensión de sus reglas, a cada una le sigue un comentario, en que sus redactores exponen las razones de la misma, su objeto, funcionamiento y la relación con otras reglas, ilustrándolo incluso con ejemplos, y con una nota final que identifica las principales fuentes que se han utilizado y cómo se trata la cuestión concreta en los diversos ordenamientos de los Estados miembros.

IV.- UTILIZACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEL ART. 6:111 PECL. Cambio de circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*)

En este capítulo trataremos de los efectos que produce en la relación obligatoria el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de la perfección del contrato, alteración que no alcanza la categoría de fuerza mayor para aplicar el art. 8:108 PECL, y que en los PECL se regula en el capítulo dedicado al contenido y efectos del contrato, partiendo del principio general de que las partes han de cumplir sus prestaciones y contraprestaciones según las convinieron, aunque les resulten más onerosas o la contraprestación disminuya de valor. Se trata de resolver el problema que se plantea cuando debido a un determinado cambio de circunstancias en la ejecución del contrato, la prestación deviene mucho más onerosa sin llegar a la categoría de la fuerza mayor excluyente de responsabilidad y de incumplimiento.

Expondremos, en primer lugar, el texto de esta regla del art. 6:111 PECL, así como el texto de la misma regla recogido en el art. III.-1:110 DCFR, y también la regulación de esta materia en los arts. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios Unidroit. No viene esta regla prevista en la CISG, vacío que ha dado lugar a algún tribunal⁵¹ haga una interpretación extensiva del art. 79 (1) CISG relativo a los casos de fuerza mayor, entendiendo que no se excluyen los eventos de menos relevancia, como el cambio imprevisto de las circunstancias que conducen a una alteración sustancial del equilibrio contractual, interpretándolo así mediante su integración con el art. 7 del propio texto.

Art. 6:111 PECL Alteración de las circunstancias

- (1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

⁵¹ Nos referimos al caso resuelto por el Tribunal Supremo belga en su sentencia de 19 de junio de 2009 (*Scafom International BV v. Lorraine Tubes, SAS*) ante el problema planteado en un contrato de venta continuada de tubos laminados de acero para la construcción de andamios cuando llega un momento en que el acero sufre una imprevista alteración del 70% de incremento en el precio. Sobre el comentario a esta sentencia y a la problemática relativa a la utilización de los Principios Unidroit como complemento de la CISG, puede consultarse el trabajo de Anna Veneziano en Rev. dr. unif. 2010, p. 137.

- (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:
- a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato
 - b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido
 - c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio de tal circunstancias.
- (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:
- a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado
 - b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa.
- En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar, o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Art. III. - 1:110 **DCFR**.- Modificación o extinción del contrato por el Tribunal debido al cambio de circunstancias.

- (1) Una obligación debe ser cumplida incluso si el cumplimiento ha sobrevenido más oneroso, ya sea porque el coste de la ejecución se haya incrementado o porque el valor de lo que se ha de recibir a cambio haya disminuido.
- (2) Sin embargo, si el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación que nace de un acto jurídico unilateral sobreviene excesivamente onerosa a causa de cambios tan excepcionales en las circunstancias que haría manifiestamente injusto obligar al deudor a cumplir la obligación, el Juez puede:
- a. Cambiar la obligación para hacerla más razonable o equitativa según las nuevas circunstancias, o
 - b. Dar por extinguida la obligación en la fecha y términos establecidos por el Tribunal
- (3) El párrafo (2) solo se aplica si:
- a. El cambio de circunstancias se produce después de haber contraído la obligación
 - b. El deudor en ese momento no tuvo en cuenta, y razonablemente no podía haber tenido en cuenta, la posibilidad o la ponderación de ese cambio de circunstancias
 - c. El deudor no asumió, y razonablemente no podía esperar que pudiera asumir, el riesgo de ese cambio de circunstancias; y
 - d. El deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, alcanzar mediante una negociación un ajuste razonable y equitativo de los términos que regulan la obligación

PRINCIPIOS UNIDROIT

Art. 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones

salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)

Art. 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad”)

Hay “excesiva onerosidad” cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja

Art. 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad”)

- (1) En caso de “excesiva onerosidad”, la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamación deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) La reclamación de renegociación no autoriza por sí misma a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un Tribunal.
- (4) Si el Tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - a. resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - b. adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio

A. Planteamiento del problema y principios en juego

El tema ahora en estudio hace referencia a la vieja institución jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus*, que brevemente expuesta quiere decir que debe entenderse implícita o sobrentendida en los acuerdos contractuales la cláusula por la que las partes se están obligando a lo que se obligan “*rebus sic stantibus*”, es decir, según así están las cosas o circunstancias en ese momento, por lo que, si en el desarrollo o ejecución de lo acordado, y en las obligaciones de cada una de las partes, surgen efectos que alteran la relación contractual establecida, como consecuencia de nuevas circunstancias que no existían ni se tuvieron en cuenta al contratar, o un cambio imprevisto e inevitable de las mismas, el problema, o

mejor, la solución del problema no ha estado positivada, por regla general, en los ordenamientos jurídicos.

Ante el planteamiento del problema por el caso concreto, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que acudir a la construcción de soluciones basadas en teorías varias, por lo que, para una mejor exposición de la cuestión en estudio, se hace necesario nutrirlo mediante un doble análisis: por un lado, el que ordinariamente nos proporciona la Historia del Derecho, y, por otro el del Derecho comparado en los ordenamientos de nuestro entorno, por lo que veremos que, con precoces atisbos en la pre-codificación del s. XVIII (del de Baviera en 1756, del prusiano en 1794, y en alguna medida también el austríaco, influido por el prusiano), desaparece su constancia positiva hasta que ya bien entrado el s. XX viene a ser resucitado en varios ordenamientos, tales como: en el Derecho italiano, por el art. 1467 de su Codice civile de 1942; en el Derecho griego, por el art. 388 del Código civil de 1940-46; en Derecho etíope, por el art. 1764 de su Código de 1960; en el Derecho portugués, por el art. 437 del Código civil de 1966; en el Derecho foral español, por la ley 493.3 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo; en el Derecho holandés, por el art. 6:258 del nuevo Código de 1992; y por el Derecho alemán, por el § 313 del BGB tras su reforma del Derecho de obligaciones por ley de 26.11.2001 en vigor a partir de enero de 2002.

Bajo la rúbrica de este capítulo, vamos ahora, por tanto, a proceder al análisis y estudio de la configuración tradicional que en nuestro ordenamiento jurídico se ha dado al problema que la siempre cambiante coyuntura económica (sobre todo en épocas de grandes crisis o debacles catastróficas –pensamos ahora en las grandes guerras-) provoca en las relaciones contractuales previamente establecidas y de tracto sucesivo o diferido.

Es decir, el problema que, la alteración grave de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de contratar, produce en la relación contractual en vigor, cuando esta relación también se altera gravemente para alguno de los contratantes, por cuanto que, en estos convenios, las obligaciones se contraen pensando en una vinculación mantenida permanente o periódicamente, o diferida, cuando ese es el fin perseguido por ambas partes y, por ello, debe quedar esta relación contractual sujeta al principio de seguridad jurídica, seguridad no solo en su creación, sino también durante todo el tiempo de su vigor (*pacta sunt servanda*), que es lo que se plasma en el art. 1091 CC⁵².

⁵² Art. 1091 CC. “Las obligaciones que naden de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”

En esta construcción de permanente vinculación de las partes a la relación contractual (regida por un fuerte apego al principio *pacta sunt servanda*), no puede ser bienvenida una modificación de sus efectos, y menos aún su extinción, si no es de consuno acordado por ambas partes; sin embargo, por las razones y fundamentos que la doctrina jurídica ha discutido y ha tratado de averiguar –y que esbozaremos en el desarrollo de este capítulo- no parece que deba mantenerse férreamente inalterado aquel principio de vinculación contractual, sino que debe ceder cuando la relación jurídica se altera sobremanera para alguna de las partes hasta el extremo de romper por completo la justicia del contrato, si esta grave alteración de la estructura del contrato ha sido consecuencia de una alteración también grave de las circunstancias.

En este estudio tomaremos en consideración la configuración tradicional que se le ha venido dando al problema así planteado, para analizar a continuación, y estudiar, según su evolución histórica, cómo se ha llegado hasta el momento actual, en que nuestro Tribunal Supremo –y alguna de las Audiencias Provinciales del Estado, basándose en los argumentos y doctrina de aquél-, ante la ausencia de solución positivada en una norma, ya ha puesto su doctrina tradicional en contacto con esta regla del art. 6:111 PECL (y art. III.-1:110 DCFR).

La solución que nos ofrece el texto de los PECL parece sencilla y proporcionada a la equidad y a la buena fe, que también son principios generales del Derecho, y, por tanto, para nosotros fuente del Derecho, a la vez que informadores de nuestro ordenamiento jurídico⁵³.

Las obligaciones que resultan en una relación contractual se deben cumplir por ambas partes, pese a que resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la prestación o una disminución del valor de la contraprestación. Esta es la premisa de la que parte esta regla, que viene a ser la vinculación de las partes al contrato.

Sin embargo, cuando esa onerosidad sobrevinida para la prestación no está dentro de lo razonable, sino que es tan excesiva, y tan extraordinaria, que rompe exorbitantemente el equilibrio de las contraprestaciones, es entonces cuando entra en juego esta excepción que señala el apartado (2) del art. 6:111 PECL al principio general del apartado (1) de vinculación al contrato. Se trata, pues, de conocer cuándo es que se dan esas condiciones excepcionales para la entrada en escena de la regla en cuestión, y esas condiciones también nos la establece esta regla: en resumen, que esa excesiva onerosidad sea consecuencia de un cambio

⁵³ Art. 1.1 CC Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Art. 1.4 CC Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

sobrevenido y razonablemente imprevisible de las circunstancias tenidas en cuenta en un principio, y que la parte afectada no estuviera obligada a sufrir ese riesgo de cambio de circunstancias.

No obstante y parecer una solución sencilla y razonable, no vamos por ello, y por venir de un texto novedoso y de fuera de nuestras fronteras –como son los PECL o el DCFR-, a simpatizar con ella, no fuera que sí que sirva para sistemas jurídicos extraños a nuestra cultura, pero que su introducción o adaptación al nuestro pueda romper el concepto y estructura del contrato a la luz de nuestros principios, con lo que el resultado destruiría los mismos principios en que se viene a fundamentar (equidad y buena fe).

Procuraremos, por tanto, no encandilarnos por lo nuevo y por lo forastero que se pueda recoger en esta serie de reglas que se contienen en el novedoso texto de los PECL, como comunes de la parte general del Derecho de las obligaciones y contratos de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, y en concreto respecto de esta regla o principio que trata de solventar las injusticias que pueden resultar como consecuencia de los acontecimientos sobrevenidos a la celebración de un contrato, y que, por su excepcionalidad, las partes en su comportamiento y gestión razonable de la negociación no hubieran podido prever y plasmar entre sus pactos los mecanismos de solución.

Aunque es verdad que estamos en presencia de un tema que ha adquirido en estos últimos años una actualidad que no se le puede negar –precisamente la inmensa mayoría de trabajos relativos a este tema comienzan afirmándolo así y todos casi de la misma manera⁵⁴-, como consecuencia de la grave crisis económica que nos azota también en estos años, y no solamente a nuestra sociedad, sino también a toda la sociedad de nuestro entorno, no por ello es, éste, un tema que no se haya planteado ya de antaño también entonces como de actualidad en nuestra doctrina⁵⁵, por lo que entendemos provechoso remontarnos brevemente a su origen y trazar a grandes rasgos las distintas teorías y doctrinas que han intentado buscar los fundamentos de una mejor solución a lo que no es otra cosa sino que la inevitable excepción al principio de vinculación contractual, evitando el riesgo de

⁵⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, T. “*La modificación de las condiciones del contrato (la cláusula “rebus sic stantibus”)*”, en *Roma e America Diritto Romano Comune*, 22/2006. p. 129. Abre su artículo expresando que “La cláusula *rebus sic stantibus* vive un momento de plena actualidad” y cita para corroborarlo como referencias las monografías entonces recientes de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ –*La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia, 2003- y de MARTÍNEZ VALENCOSO –*La alteración de las circunstancias contractuales*. Madrid 2003.

⁵⁵ CANDIL CALVO, F. *La cláusula rebus sic stantibus*. La Gavidia, Sevilla, 1942. Monografía leída en su discurso de apertura del curso académico 1942-1943. Lo abre así ya en el principio de la página primera: “Es nuestro propósito, fijar la atención de los estudiosos sobre un tema de actualidad, referido a la influencia que sobre el Derecho pueden ejercer las circunstancias que modifican la representación que las partes que intervienen en el contrato tuvieron en el momento de prestar su consentimiento”.

fractura de la seguridad jurídica, en los casos excepcionales de ruptura del equilibrio de las prestaciones y de la justicia del contrato.

No podemos entrar ahora –porque no es el campo de nuestro estudio– en el problema de las fuentes de las obligaciones según la doctrina moderna, ante la crítica por su carácter insatisfactorio de la tesis tradicional, para lo que nos remitimos a la exposición, recapitulación y ensayo de reconstrucción de Díez-Picazo⁵⁶. Pero sí que debemos detenernos al menos en la consideración elemental de que el negocio jurídico es la primera fuente de relaciones obligatorias y en el negocio jurídico quedan las partes vinculadas por la expresión de su voluntad.

Nadie obliga a nadie a obligarse, nadie obliga a nadie a constituir el negocio jurídico, pero, una vez voluntariamente constituido, quedan las partes sujetas a sus compromisos, pues la norma atribuye a esa creación de consuno fuerza vinculante y carácter de *lex privata* (arts. 1089 y 1091 CC), al disponer que de los contratos nacen obligaciones, que esas obligaciones tienen fuerza de ley entre las partes, y que deben cumplirse; cumplimiento que no solo debe limitarse a lo expresamente pactado, sino también extenderse “a todas las circunstancias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1258 CC).

Si el problema que se plantea es intentar buscar una justificación a la evidencia de que, en ocasiones, cuando se rompe por completo el equilibrio económico y la justicia del contrato, parece justo y necesario abrir la puerta a esa hermeticidad de la vinculación de las partes a la palabra dada y dejar entrar algún mecanismo que permita restablecer el equilibrio inicial que se ha roto, con modificaciones, si es posible, o, en su caso, permitiendo la desvinculación total, conviene exponer en primer lugar, para que nos sirva de base a la argumentación del problema y de sus soluciones, el fundamento de la estructura del contrato y de la relación contractual, que las partes crean a través del contrato, porque, en realidad, el problema no es otro sino que armonizar soluciones de distintos principios rectores de la contratación que están en juego, como el principio de seguridad jurídica por el que vela el principio de la vinculación de las partes a sus compromisos.

El contrato, como concepto general, y como sabemos, no se define en nuestro ordenamiento jurídico positivo, si bien que se reglamenta de una manera amplia en el Código civil. Se dice que es fuente de obligación (art. 1089 CC) y que la obligación que nace del contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 CC); y esto es algo que nos parece de lo más natural y normal, sin que necesitemos una explicación de su fundamentación, porque son asertos a los que nuestra cultura nos tiene familiarizados. Sin embargo, se trata de asertos que constituyen el resultado de un periplo histórico multiseccular, por cierto incluso no muy bien aclarado por los historiadores.

⁵⁶L. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* Vol. II, Thomson-Civitas, 2008 pp. 162-167.

Hasta llegar a la actual construcción del concepto de contrato, como todo acuerdo de voluntad por el que los interesados se obligan, y alzarse casi como piedra angular de todo el ordenamiento jurídico (tanto privado, como público, o internacional...), el término ‘contrato’ ha sufrido respecto a su designación importantes debates históricos⁵⁷.

En la actual concepción del contrato, su locución designa tanto el propio acto o actuación de contraer la obligación (el acto mismo de manifestación de la voluntad por los contratantes, el consentimiento aunado de los contrayentes), como el contenido de ese acto, lo propiamente contraído, la obligación en sí misma, la norma o ley en que el contrato es para los propios contratantes⁵⁸.

El fundamento o razón de esta obligatoriedad del contrato es un tema clásico del Derecho de contratos, e incluso de la Filosofía del Derecho, y del Derecho mismo, que tampoco es objeto actual de nuestro estudio, pero interesa recordar que sobre cuál sea ese fundamento se han manifestado diferentes posiciones doctrinales.

⁵⁷ Nuestro actual concepto de contrato no se forma en el Derecho Romano. Desde los glosadores hasta los intérpretes del s. XV, se sigue el esquema del sistema romano justinianeo: diferencia entre contrato y pacto (*pacta vestita* y *pacta nuda*) y agrupación en figuras típicas reconocidas tradicionalmente como fuentes de obligaciones (contratos nominados –formales, reales, literales y consensuales- y contratos innominados), manteniéndose todavía el principio *nudum pactum obligationem non parit*.

Es con posterioridad que confluyen diversas corrientes de pensamiento (principalmente la doctrina canonista) que darán lugar a la actual noción de contrato, con la imposición de fidelidad a los pactos, sean del tipo que sean (*vestita* o *nuda*), con la imposición del deber de veracidad y de fidelidad a la palabra dada (so pena de engaño y mentira, y, por tanto, pecado), y, sobre todo, con el impulso dado en la Baja Edad Media como consecuencia de las necesidades prácticas del tráfico mercantil, que liberará a los pactos de trabas formales, y del voluntarismo jurídico de la escolástica tardía, poniendo por último el broche de creación de la obligación “*solus consensus*” –como se sabe- por la Escuela del Derecho Natural racionalista (s. XVI-XVII).

⁵⁸ Etimológicamente, ‘*contractus*’ es el participio pasivo del verbo “*cum trahere, contrahere*”, que significa traer (*trahere*) entre ambos (*cum*); es decir, contraer por la conjunción o reunión de ambos, todo lo que sustantivado designaría tanto el acto que da origen a esa reunión, como su propio resultado (lo contraído, lo celebrado, lo concluido). En un lenguaje jurídico se emplea en el sentido de contraer deudas, de contraer una obligación –*contrahere nomina*- o contraer un derecho real –*contrahere servitutum*-, e incluso incurrir en responsabilidad por dolo o por culpa –*contrahere dolum, culpam*.

A diferencia del verbo, el sustantivo tiende a adquirir en Roma para algunos juristas un sentido más restringido que el que usaba Gayo en su conocida *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones; tiende a designar solamente la relación obligatoria bilateral, aquella en que dos partes intervienen en la relación para obligarse de manera recíproca, la una con respecto de la otra, y así nos lo refiere Labeón en un famoso texto de Ulpiano (D. 50, 16, 19 de Ulp)... “... *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci ‘sinállagma’ vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem...*”

Las diferentes doctrinas han ido, desde el voluntarismo jurídico hasta la aporía de la autonomía privada –como le llama Federico de Castro⁵⁹.

El voluntarismo jurídico considera el fundamento de las obligaciones en la libertad de la persona, en su facultad de regular su propia conducta y su propia voluntad individual, manifestado quizás para el contrato por vez primera en el reconocimiento por el Derecho justiniano de la mera voluntad de las partes como fuente de obligación. A esta concepción se le opone, sin embargo, que esta voluntad individual solo puede referirse a una situación de hecho que, sin norma jurídica que la sancione, carecería de obligatoriedad, no siendo, por tanto, la voluntad y la autonomía privada la que por el contrato obliga, el fundamento de la obligación, sino la ley o la norma que reconoce al contrato como fuente de obligación y lo dota de obligatoriedad.

Ante la incertidumbre sobre la propia naturaleza y fundamento de las obligaciones contractuales, se forman toda una pluralidad de ideologías que predicán la aporía de la autonomía privada –como hemos dicho que le llama Federico de Castro -, con base en que, como antes los grandes feudales, ahora los poderes fácticos sociales procuran arrancar al Estado soberanía para imponer sus propias normas, y frente a sus abusos se hace necesario que los particulares reclamen el apoyo del Estado para que precisamente limite los excesos de la autonomía privada de estos poderes fácticos.

Y conviene recordar también que, en este campo del Derecho, en el ámbito contractual, la autonomía contractual no solamente es libertad de la persona para contratar, o para no contratar, sino que también es libertad de la persona para elegir, en su caso, la parte o la persona con la que contratar, para elegir el tipo de contrato, ya sea el específicamente patentado por la norma jurídica, o bien modificarlo, o bien, incluso, construirlo a su antojo y conveniencia, que es lo que establece el art. 1255 CC (“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente...”).

Pero esa libertad tiene unos límites que el mismo precepto legal se encarga de establecer: se pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que se tengan por conveniente, pero siempre que no contraríen “a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En consecuencia, una de estas limitaciones puede venir dada por la ley, que, mediante normas, bien puede prohibir un determinado contrato, como es el caso del art. 1654 CC (que suprime el contrato de subenfiteusis), o bien puede permitir la contratación solo a ciertas personas (como es el caso de la venta de determinados productos, limitada por la intervención estatal); o bien puede obligar a contratar (como es el caso del depósito necesario del art. 1781.1º CC, por

⁵⁹ F. DE CASTRO. *El Negocio jurídico*, Civitas, 2002, p. 17.

ejemplo cuando al mismo obliga el art. 445 CC); o bien puede impedir determinados pactos (como el art. 1657 CC que impide pactar que la pensión del censo consignativo consista en una parte alícuota de los frutos que produzca la finca, o el art. 1859 CC que impide pactar la apropiación de la cosa dada en prenda o hipoteca -el pacto de la *lex commissoria*, ya prohibido por Constantino⁶⁰-).

Incluso, en muchos casos la relación obligatoria entre las partes puede surgir por disposición del poder del Estado y no por la libertad de las partes (piénsese, por ejemplo, en el sistema de actuación urbanística por reparcelación, en que todas las fincas incluidas dentro de una unidad de actuación urbanística sujeta a este sistema quedan afectas, por disposición legal, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes inherentes al propio sistema de actuación, incluso “aunque sus propietarios o propietarias no se hayan adherido a la junta de compensación..” –art. 134.1 TRLU).

Otra limitación a la autonomía privada contractual viene dada por la “moral”, locución que en este caso no tiene connotaciones religiosas, sino que designa a la ética social que en cada época rija la vida social del país.

Se trata de un concepto, en este caso jurídico, indeterminado y difícil de precisar más, por lo que no es infrecuente ver que la jurisprudencia lo utiliza, pero siempre sin definirlo. En todo caso, puesto que se trata aquí de impedir por esta causa la autonomía privada contractual, no podemos referir el concepto al individuo en sus relaciones o comportamientos consigo mismo, sino que la ética que define a este término debemos referirla al individuo en sus relaciones sociales contractuales. El contrato que se convenga sin observar esta limitación de la moral, sería un contrato con causa inmoral, y, por tanto, no produciría efectos, pues el art. 1275 CC establece que cuando la causa del contrato se opone a la moral, es una causa ilícita, y los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno.

Y la otra limitación a la autonomía privada que señala el art. 1255 CC es la sujeción del contrato al “orden público”, concepto jurídico éste también de verdadera indeterminación, que entiendo habrá de interpretarse a la luz del art. 38 CE, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y ordena a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad según las exigencias de la economía general y de la planificación, y, en su mandato, por ejemplo, la regulación sobre condiciones generales de la contratación, que transpone también de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, recogida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, o la regulación sobre protección de los consumidores y usuarios, recogida en un principio en la Ley 26/1984, de 19 de julio, y últimamente en el Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el que se

⁶⁰ CJ. 8, 34 [35], 3.

integran las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en esta materia.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que “lo que el Código llama orden público – dice Díez Picazo⁶¹- es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores... Pertenecen en la actualidad al orden público del art. 1255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p.ej., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad...) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares... Por ejemplo: pactos que contravengan la igualdad consagrada en el art. 14 CE, o que impliquen renuncia de derechos fundamentales”.

Respecto de esta consideración del “orden público”, nos cuestionamos que, si bien es verdad que carecerían de efecto obligatorio los contratos contrarios a ese orden público construido bajo esos principios de libertades básicas y derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sin embargo también sería verdad, a nuestro entender, que las partes pueden renunciar a esos derechos para obligarse entre ellas, como, por ejemplo, pueden renunciar entre ellas respecto de la interpretación y cumplimiento de sus obligaciones al derecho fundamental del art. 24.1 CE relativo a la tutela de jueces y tribunales y convenir acudir para ello al arbitraje privado, o pueden también, en los casos en que la ley lo permite, disponer de las normas de competencia territorial de la jurisdicción para someterse a los tribunales de una determinada circunscripción (art. 54.1 LEC).

En realidad, y como corolario respecto de este principio de la autonomía privada en la contratación, que como regla o principio se estableció en el Código para una inmensa mayoría de casos y con las referidas limitaciones, aunque sigue vigente en el art. 1255 CC, siguen siendo todavía más ciertas hoy las palabras del Prof. Manuel Albaladejo cuando afirmaba que “hoy no es ni sombra de lo que fue”⁶², refiriéndose al principio de la autonomía privada.

B. El contrato y la relación contractual

Algo distinto al contrato como acto en sí (a la manifestación de la voluntad) y al propio contenido de ese acto contractual (a la obligación como norma que surge del acto), es la relación contractual, la relación obligacional que se origina con la creación del contrato, el nudo obligacional que surge para las partes (y a veces para con terceros) con aureola jurídica, que les vinculará tras la perfección del contrato y en su ejecución o cumplimiento.

⁶¹ L. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. cit. Vol. I, Thomson-Civitas, 2007 p. 157.

⁶² M. ALBALADEJO. *Derecho Civil II* Vol. 1º, Ed. 5ª Librería Bosch, 1980. p 371.

Y es aquí a donde queríamos llegar: una vez que las partes manifiestan su voluntad de obligarse y que, por ministerio de la ley, surge esa relación jurídico-obligacional, esa vinculación férrea de las partes al cumplimiento de lo pactado y de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, es cuando, máxime si esa relación jurídico-obligacional no se agota al propio tiempo de su perfección, sino que se ejecuta posteriormente o es de tracto sucesivo, cuando puede aparecer el problema de ruptura de su equilibrio por circunstancias sobrevenidas a su creación, cuando puede verse esa relación jurídica alterada de manera anormal y grave, por ese cambio de circunstancias, hasta el punto de que la propia relación se desborde en sus previsiones.

Si esa relación contractual se crea y se agota al unísono, si al unísono se perfecciona y se cumple el contrato, la relación contractual resultante obliga a las partes con responsabilidades recíprocas, sin que parezca posible, o al menos no probable, que surja el problema del que estamos tratando; sin embargo, si el contrato se perfecciona y su cumplimiento es diferido a un momento posterior, o es de cumplimiento periódico, la relación contractual resultante obliga a las partes todavía a sucesivas prestaciones y contraprestaciones recíprocas, además de las responsabilidades inherentes.

Cuando las prestaciones y contraprestaciones perduran periódicas o son diferidas a un momento futuro, es entonces cuando puede aparecer el problema de que la relación contractual, según se ha creado al perfeccionar el contrato, se vea alterada en demasía y se desborde o se rompa el contenido de la prestación para con la contraprestación, o viceversa, como consecuencia de una modificación sobrevenida de las circunstancias existentes y que las partes habían tenido en cuenta cuando creaban el contrato –bien de una manera expresa, o bien de una manera implícita-, y que consideraban necesarias para la finalidad de consumo perseguida y atribuida al contrato.

No es probable que surja este problema de alteración grave o quebranto de la relación contractual en épocas de bonanza económica, y por eso nuestro Código civil vigente hizo pocas previsiones. Téngase en cuenta que, aunque su Ley de Bases es de 11 de mayo de 1988, y promulgado el 24 de julio de 1989, su proyecto inmediato es de 1851, en el que coincidieron las políticas del absolutismo y del liberalismo imperantes, pero venía incluso de otros proyectos anteriores (el primero de 1821; y en 1832 se publicó el proyecto de Pablo Gorosabel, inspirado en el *Code Napoléonico* de 1804; y el proyecto de 1836).

Sin embargo, algunas previsiones hizo; por ejemplo, en el art. 1575 CC se establece que el arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo pacto en contrario. Incluso nos explica qué es lo que ha de entenderse por casos fortuitos extraordinarios, como el

incendio, la guerra, la peste, la inundación insólita, la plaga de langosta, el terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever⁶³.

Nuestra sociedad, no obstante, no ha mantenido aquella bonanza económica decimonónica y, además, hace ya tiempo que vive inmersa, cada vez más, en una incesante multiplicación de intercambios, sujetos a una multiplicidad también de formas de contratación que, además, no se agotan en el ámbito territorial de un solo Estado, sino que su globalización transfronteriza resulta imparable y esto lleva a la necesidad de un replanteamiento de la regulación de los contratos en nuestros códigos.

De hecho, y por virtud del Derecho Internacional Privado, nos encontramos con que las partes regulan sus relaciones contractuales sometiéndose al ordenamiento jurídico que mejor les conviene y, con la finalidad de buscar normas uniformes de regulación de esta cada vez más globalizada contratación, han venido apareciendo importantes bloques normativos a los que las partes vienen actualmente sujetando sus compromisos de intercambio de bienes y servicios.

Por ejemplo, un primer bloque de estas normas uniformes viene dado por el Convenio Internacional de Viena para la compraventa internacional de mercaderías –CISG-, fruto de la convención preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL⁶⁴- y adoptada en la conferencia diplomática del 11 de abril de 1980⁶⁵. A la CISG se

⁶³ Volveremos sobre esta particular previsión de nuestro Código civil respecto de la alteración de circunstancias que pueden hacer modificar la renta del contrato de arrendamiento.

⁶⁴ Por sus siglas en inglés: *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*.

⁶⁵ Como reza en la nota explicativa de la Secretaría de la UNCITRAL acerca de este Convenio, la preparación de un derecho uniforme en esta materia –compraventa internacional de mercancías- había comenzado en Roma en 1930, en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT-, cuyo proyecto se presentó en 1964 a una conferencia diplomática en la Haya, en la que se adoptaron dos convenciones, una sobre la compraventa internacional de mercancías y la otra sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercancías. Sin embargo, debido a que este proyecto reflejaba en su mayor parte solo las tradiciones jurídicas continentales, por haber sido la Europa continental la que había participado más activamente en su preparación, recibió múltiples críticas, lo que hizo que una de las primeras tareas que emprendiera la UNCITRAL a partir de su creación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución del 17.12.1966, para promover precisamente la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional, fuera, a partir de su organización en 1968, la preparación de un nuevo texto más ampliamente aceptable, por parte de países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, y el resultado fue su adopción en 1980 por una conferencia diplomática de la UNCITRAL, lo que supuso así el primer paso histórico de fusión de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales (*common law* y *civil law*).

adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991), por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Otro segundo bloque de normas uniformes vendría dado por los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales⁶⁶, que, sin constituir un texto normativo de aplicación, no forma por tanto parte de nuestro ordenamiento, pero se proclama, sin embargo, como un conjunto de reglas y normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos y mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional, sin que nada impida que los particulares puedan utilizarlos e incorporarlos en sus contratos internos o nacionales, si bien que en estos casos con sujeción a las normas imperativas de su propio ordenamiento.

Y el tercer bloque de normas o reglas uniformes vendría dado por los PECL, que, como sabemos, han surgido al amparo de iniciativas favorecidas por la Unión Europea con la pretensión más ambiciosa de ser el un primer paso para la codificación del Derecho europeo de contratos.

C. La alteración de las circunstancias con efectos en la relación contractual: construcción doctrinal en la teoría general

Ha sido –y es– tradicional que nuestros manuales de enseñanza del Derecho contractual categoricen la alteración o cambio de las circunstancias básicas habidas o tenidas en cuenta al tiempo de formalizar y perfeccionar el contrato, como causa de una modificación sobrevenida de sus efectos, es decir, como una modificación de la relación jurídica contractual, cuando la misma tiene lugar, y coloquen el estudio de esta categoría jurídica bajo el capítulo de la extinción del contrato, tras estudiar primero las categorías del propio concepto del contrato y de los requisitos para su formación (consentimiento, objeto y causa).

Los 11 Estados signatarios originarios fueron: Argentina, China, Egipto, EEUU, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia. En septiembre de 2010 ya eran 76 los Estados que habían entrado a formar parte de la Convención.

⁶⁶ Los Principios Unidroit son fruto del programa de trabajo de 1971 del Instituto y los estudios preliminares del proyecto fueron encargados a renombrados juristas tanto de los sistemas de tradición jurídica romanista, como de los países socialistas (René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu). El grupo especial de trabajo se constituye en 1980 y su objetivo era establecer un conjunto equilibrado de reglas que pudieran ser utilizadas en todo el mundo, con independencia de su tradición jurídica, económica o política.

Y dentro de ese capítulo relativo a la extinción del contrato, se estudie separado de los casos de anulación (por nulidad absoluta y por nulidad relativa), para distinguirlos de los casos de rescisión (consecuencia extraordinaria que en nuestro ordenamiento se da únicamente en los supuestos legalmente previstos con tal efecto –art. 1290 y ss. CC-) y de los casos de resolución, en que se parte de un contrato válido al que se le priva después de sus efectos como consecuencia de una serie de causas: desde el logro de su finalidad económica con satisfacción para ambas partes, que sería la causa de extinción normal y preferida, o el mutuo disenso extintivo, hasta el incumplimiento por una de las partes de una obligación esencial, o la excepción fundada en incumplimiento de la otra parte, el acaecimiento del evento en el que consistía la condición resolutoria, el desistimiento unilateral libre cuando así se establece tal posibilidad en el contrato..., y, por último, la materia de nuestro análisis, la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas cuando no es posible conseguir restablecer su equilibrio.

Por tanto, si bien se trataría de un problema de actualidad debido a los cambios extraordinarios devenidos en las relaciones contractuales en vigor por la alteración también extraordinaria de la situación económica ante la fuerte crisis en que actualmente estamos inmersos, sin embargo, no es un problema que no sea viejo y conocido ya en la teoría general de las obligaciones y contratos, sino que, como consecuencia de otros graves trastornos sociales acaecidos en otras épocas más o menos recientes, ha sido objeto de preocupación y de búsqueda de las mejores soluciones jurídicas posibles, pues ninguno de los códigos civiles decimonónicos se ha ocupado del tema con la atención que se merece, quizás, como ya hemos dicho, por haber nacido en una época –s. XIX- de una gran estabilidad económica.

El problema se circunscribe a que esos códigos decimonónicos concebían la relación contractual sujeta al principio del riguroso cumplimiento de la palabra dada y de completa vinculación de las partes al contrato, sin contemplar solución general para aquellos casos en que, después, la realidad social ha demostrado que eran posibles –e incluso frecuentes- de que, por un cambio imprevisto y extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la formación del contrato, el mantener esa férrea vinculación contractual produce en ocasiones una quiebra absoluta de su justicia, por el absoluto desequilibrio entre las prestaciones y las contraprestaciones, e incluso la ruina de alguna de las partes contratantes.

Para estos casos, cuando no es el propio Código quien pone la solución, como es el supuesto extraordinario e imprevisto a que se refiere el art. 1575 CC, y algunos otros⁶⁷, la doctrina se ha planteado si, como supuesto general, sin previsión legal,

⁶⁷ Por ejemplo, la posibilidad que tiene el arrendatario de finca rústica de optar por continuar en el arriendo reduciendo proporcionalmente la renta (art. 24 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos); o la posibilidad que le daba al arrendador de poner término al contrato de arrendamiento rústico el art. 7 de la anterior Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, para cuando se daban las circunstancias en el mismo previstas.

y sin pacto previo, es posible modificar o extinguir los efectos del contrato como consecuencia de una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias habidas y tenidas en cuenta a la hora de perfeccionar el contrato, sin erosionar el principio rector de la vinculación al mismo, y ha parecido a la doctrina equitativo que ante tales circunstancias se modifique, o se extinga el contrato en función del alcance de la alteración.

1. Construcción en el ordenamiento jurídico español.

a) Especial referencia a la ley 493.2 (in fine) y 3 de la Compilación Navarra (Fuero Nuevo).

El Código civil español, como acabamos de señalar, no contiene regulación alguna general para el supuesto de variación extraordinaria de las circunstancias habidas o tenidas en cuenta a la hora de contratar y que devengan posteriormente con efectos graves para la relación contractual, aunque sí que contempla algunas soluciones concretas, cuando así sucede, para casos particulares.

La Compilación navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, sin embargo, en la ley 493, relativa al cumplimiento de la obligación (dentro del capítulo III que lleva el título del cumplimiento y extinción de las obligaciones), señala con carácter general los diferentes modos de cumplimiento de las obligaciones, como son, su extinción por cumplimiento (*solutio*), por imposibilidad sobrevenida para el deudor y sin su culpa, sin perjuicio de su deber de indemnización, y, además, contempla dos supuestos, también con carácter general, relacionados con el tema que nos ocupa: (i) en su segundo párrafo (ley 493.2, in fine) contempla la posibilidad de que al acreedor de una cantidad de dinero se le pueda pagar, si el juez lo estima justo, mediante un objeto distinto, si la prestación debida se ha hecho “excesivamente gravosa” (*datio in solutum* necesaria); (ii) y en el tercer párrafo (ley 493.3) se refiere a cuando las obligaciones son “de largo plazo o tracto sucesivo”... “y durante el tiempo de cumplimiento se altera fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes”..., en cuyo caso podrá esta parte solicitar “la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

Pese a su reconocimiento positivo en el ordenamiento navarro y pese a su reconocimiento y aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por ejemplo en Sentencia 7/1995, de 24 de mayo (RJ 1995, 4330), en la que se destaca que, a diferencia del Código Civil, en el Fuero Nuevo sí que se contiene norma expresa reguladora de los efectos y aplicación de la

cláusula *rebus sic stantibus* (refiriéndose y citando la ley 493.3), lo que significa que no es para Navarra una construcción jurisprudencial, sin embargo, en cuanto a las restricciones y recelos en su aplicación, se equipara a la construcción realizada por el Tribunal Supremo estatal, en cuyo ordenamiento no hay regulación positiva.

Así podemos ver cómo en el caso que resuelve la STSJ Navarra de 17 de julio de 2007 (ROJ STSJ NAV 451/2007), la Audiencia Provincial aplica esta doctrina; y no, en cambio, el Tribunal Superior. El caso tenía como punto de partida una autorización del titular de un terreno para que por su finca se construyera una zanja para pasar por ella una tubería de un determinado diámetro que sirviera de desagüe para la casa que pretendía construirse el vecino en su terreno contiguo. Al ser instado el primero a que permitiera la realización de la zanja, se opuso invocando la ley 493 FN con el argumento de que habían variado las circunstancias con el tiempo, pues la autorización era de 11/03/1998 y la pretensión de realizarla ahora era del 24/01/2003; y, además, el desagüe ahora se pretendía para dos casas, cuando al darse la autorización solamente se proyectaba una casa.

Ambas circunstancias sirvieron a la Audiencia Provincial (sección 3ª) de Navarra para, en su Sentencia de 31 de octubre de 2006, en contra de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia 1 de Pamplona, que estimaba la demanda y obligaba al autorizante a consentir la servidumbre por él prometida y autorizada, entender que se daba el caso de aplicación de la ley 493 del Fuero Nuevo en que se permite la revisión judicial que modifique la obligación o declare su extinción, cuando se altera fundamental y gravemente su contenido económico como consecuencia de sobrevenir circunstancias imprevistas que hagan la obligación extraordinariamente onerosa.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera que no se desprende de la autorización que se hubiera limitado a ningún plazo, por lo que el mayor o menor tiempo entre la autorización y la realización de las obras no podía ser obstáculo para la instalación; además, tampoco el tiempo transcurrido había sido excesivo, sino algo más de cuatro años, lo que tampoco determinaba un lapso de tiempo suficiente para que operara la previsión de la ley 493 FN como para que diera lugar a la extinción de la obligación. Y respecto a que el servicio de desagüe pretendido no fuera ahora para una sola de las edificaciones construidas, sino para dos, tampoco ello suponía que se hubiera gravado excesivamente la servidumbre, pues se mantenía la misma previsión inicial del diámetro de la canalización.

Y ante la expuesta situación de hechos jurídicamente relevantes para resolver el caso, considera el Tribunal Superior que ello exige examinar la doctrina jurisprudencial en el ámbito del mantenimiento de las obligaciones y la posibilidad de su exención por alteración de las circunstancias sobrevenidas; en definitiva, el examen de la cláusula *rebus sic stantibus*”, para lo que se remite a su

doctrina anterior, la de su Sentencia de 24 de mayo de 1995, en la que –dice- se recoge doctrina constante del Tribunal Supremo para declarar,

“que las premisas imprescindibles para la extinción de las obligaciones por tal causa consisten en la alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplirse el contrato; que ello acontezca por la sobrevenida (sic) de circunstancias radicalmente imprevisibles o la existencia de una desproporción exorbitante, producida fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones”.

Y tomando en consideración estos requisitos, considera el Tribunal que “en modo alguno puede considerarse que tales situaciones hayan concurrido en el supuesto concreto analizado”.

La más reciente STSJ Navarra de 12 de noviembre de 2013 (ROJ STSJ NAV 207/2013) también acaba por acudir a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo para interpretar esta norma de la Compilación navarra en un caso de capital interés en la actualidad, ante la abundancia de voces que reclaman la *datio in solutum* legal o necesaria.

El supuesto que se enjuicia lo constituye un caso típico de nuestro crecimiento inmobiliario anterior al estallido de la crisis en que todavía estamos sumidos: en junio de 2006, para una promoción inmobiliaria, la demandante (una entidad de crédito), acuerda con la demandada (una promotora inmobiliaria), la financiación de una operación para la compra del terreno, cuyo pago es garantizado a los vendedores por la entidad de crédito solidariamente con la entidad promotora. Al año, en junio de 2007, la promotora busca financiación para la construcción sobre el terreno de la promoción inmobiliaria proyectada, y la obtiene de manera compartida por dos entidades de crédito (una de ellas, la misma que dio la financiación para la compra del terreno), que otorgan la correspondiente escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre el terreno.

La construcción se inicia, pero surgen determinados problemas: muerte de un trabajador en accidente laboral, rigores de un invierno especialmente duro, e incumplimientos de la empresa constructora, todo lo que ralentiza la construcción y hace que la promotora tenga incluso que reclamar judicialmente por retrasos en la construcción a la empresa constructora; y a todo ello se une la “crisis del ladrillo” (así le llama la propia resolución judicial que comentamos), que comienza a mediados del año 2007 y que supuso la contracción del mercado inmobiliario y el freno brusco y prácticamente absoluto de las ventas.

La entidad promotora llega incluso a pagar el préstamo obtenido para la financiación de la compra del terreno y paga a todos sus acreedores; acuerda con una de las dos entidades del crédito para la construcción saldar su deuda y así lo hacen acordando una quita del 20% y una dación de inmuebles en pago del resto;

con la otra entidad de crédito otorga la promotora una escritura de novación de la anterior escritura de préstamo hipotecario, con subida del tipo de interés y otro préstamo nuevo con la singularidad de que las disposiciones no las realiza la promotora prestataria, sino la propia entidad prestamista que directamente aplica los fondos del nuevo crédito al pago de los intereses que se devengan en sus propios créditos.

La promotora no tiene más acreedores de relevancia que la entidad crediticia y no puede pagar su deuda con dinero, por lo que aporta una tasación de todos sus bienes, que se valoran en 10 millones de euros, en relación con 6'5 millones de euros que era la deuda, y, considerando que se daban los requisitos de lo dispuesto por la ley 493 del Fuero Nuevo, reclama su aplicación y que se sustituya su obligación de pago en dinero por la de dar en justa sustitución su equivalente en inmuebles.

Se desestima la reclamación, tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial, así como por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, considerando éste, respecto de la ley 493.2 FN, que el beneficio que esta norma da al deudor (“... el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”) tiene un carácter excepcional frente al rigor del principio *aliud pro alio solvi creditore non potest*, para lo que previamente razona su origen histórico y su pervivencia en el derecho navarro como consecuencia de su tradición jurídica recibida del Derecho romano. Afirma que se requieren para su aplicación una serie de requisitos, cuales son: (i) que ha de tratarse de una obligación pecuniaria (lo que no es obstáculo en el caso de autos); (ii) que la sustitución ha de solicitarse por el deudor, sin que pueda darse de oficio (lo que tampoco es obstáculo); (iii) que la obligación se ofrece *aliud pro alio*, mediante entrega de algo diferente de lo debido (lo que tampoco es obstáculo); (iv) que la prestación debida se haya hecho excesivamente gravosa para el deudor, ajeno a su voluntad y ajeno a su actuar negligente (por cuanto que este requisito es incompatible con una situación de iliquidez derivada de una conducta desordenada o pródiga del deudor); y (v) que la sustitución sea justa. Y sobre estos dos últimos requisitos argumentará el Tribunal su criterio, dando por cumplido el primero, pero no el de la justicia de la sustitución.

Son interesantes los argumentos con los que el Tribunal prosigue su razonamiento: parte del tenor del precepto legal para significar que no es necesaria la conformidad del acreedor para que pueda acordarse la *datio in solutum* necesaria y que el requisito legal es que la prestación dineraria se haya hecho excesivamente gravosa para el deudor, a favor de cuya tesis –dice- parece abundar su origen histórico; pero considera que es más acorde con el principio de equivalencia de las prestaciones –que es en el contexto en el que viene la norma- hacer una interpretación sistemática, y así analizar si solamente se ha de tener en cuenta que para el deudor se haya hecho excesivamente gravosa la prestación

dineraria, o también se ha de tener en cuenta el interés del acreedor, y ante esta disyuntiva la Sala se decanta por esta última interpretación, que dice es “respetuosa con la finalidad de la norma y con su tenor literal, ya que aun cuando... la ley 493.2... parece no tener en cuenta al acreedor, el interés de éste debe ser tomado en consideración por cuanto el requisito de la identidad de la prestación responde, no menos que a la eventual equivalencia de las prestaciones, a la utilidad que para el acreedor representa su consecución; utilidad que, en casos de sustitución del objeto, ha de seguir viéndose sustancialmente satisfecha por el entregado u ofrecido en lugar de la cantidad de dinero debida”. Y a esto añade que la primera de las opciones (tener en cuenta solo la onerosidad excesiva que supone para el deudor el pago en dinero), no solo alteraría el principio de igualdad entre las partes, sino que introduciría un elemento de inestabilidad en el cumplimiento de los contratos, trasladando siempre el riesgo del tráfico social y comercial en último término al acreedor.

Respecto del último de los requisitos (el de que la sustitución de algo por dinero sea justa), en este caso –por cuanto que se ha de partir de que debe tenerse en cuenta también el interés del acreedor- hace el Tribunal una primera consideración: que la deudora es una mercantil dedicada a actuar en el mercado de promoción y venta inmobiliaria, por lo que debe asumir los riesgos de su propia actividad; y la acreedora es una entidad financiera, que su objeto social no es la construcción ni la promoción inmobiliaria, sino la financiación, en donde también debe asumir el riesgo derivado de que el deudor no le satisfaga su crédito. Por tanto, a ambas se les debe exigir que asuman sus propios riesgos. Y la segunda consideración que se hace el Tribunal es que no resulta coherente que si la venta de inmuebles (objeto social de la deudora) ha devenido imposible para la promotora, no sea también imposible para la acreedora (cuyo objeto social no es precisamente la venta de inmuebles, sino la financiación). Por lo que la conclusión del Tribunal parece evidente: no resulta justa la sustitución desde la perspectiva del interés del acreedor.

Retengamos, pues, el argumento del Tribunal: si bien la norma no exige la conformidad del acreedor, que solo exige que para el deudor se haya hecho excesivamente gravoso el pago en dinero, su interpretación sistemática –nos dice- obliga a tener en cuenta también el interés del acreedor (o lo que es lo mismo, que no es preciso que el acreedor preste conformidad, pero sí que cubra sus intereses, algo que, a nuestro entender, resulta absolutamente incoherente, pues si la norma permite el caso de que el acreedor no acepte, no preste conformidad, lógicamente será porque no le interesa, con lo que la norma no está exigiendo tener en cuenta el interés del acreedor).

Los argumentos de la Sentencia de 12 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra (sección 2ª) objeto del recurso en cuestión, exigían los mismos requisitos, y, así como también el Tribunal Superior, consideraba que no se daba en el caso la última de las condiciones, es decir, la necesidad de que se haya hecho

excesivamente gravosa la prestación debida, pero sin olvidar “los derechos que también corresponden al actor”.

Ambos tribunales –el de la Audiencia Provincial y el Superior de Justicia de Navarra- parten del mismo problema planteado a su enjuiciamiento: la obligación de la empresa promotora de devolver unos préstamos dinerarios y el problema en que se encuentra la promotora de que “ha agotado su tesorería y no puede hacer frente al pago de las diferentes deudas que tiene concertadas con la Caja...” (dice literalmente el tribunal de la Audiencia), lo que le ha llevado a la deudora a pedir al juez la aplicación de la ley 493.2 (in fine) del Fuero Nuevo de Navarra.

Si se parte de esta premisa (que la deudora ha agotado su tesorería y no puede hacer frente al pago en dinero), y la ley 493.2 (in fine) del Fuero Nuevo establece que “el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”, no parece que pueda interpretarse esta norma de manera distinta a lo que su propio texto establece.

Los términos de la aceptación por el acreedor se establecen de forma imperativa: el acreedor... tendrá que aceptar...; se le obliga al acreedor a aceptar el pago, que es lo que también hace la norma en el mismo apartado y en expresión inmediatamente anterior, que “puede compelerse al acreedor a que acepte el pago parcial de una cantidad cuando el deudor garantice el pago de la cantidad restante”. No se cuenta, en ninguno de ambos casos, con la aceptación o rechazo del acreedor. Los términos son imperativos: el acreedor... tendrá que aceptar; puede compelerse al acreedor a que acepte...

El único requisito que la norma exige en este caso para que el acreedor deba aceptar en pago (y cumplimiento, por tanto, de la obligación) la sustitución del dinero por otra cosa, es que el juez considere esa sustitución “justa... por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”; es decir, que sea justa la sustitución porque el pago en dinero se haya hecho excesivamente gravoso. Y ¿qué más gravoso puede ser para la empresa promotora el que –como hecho relevante ya acepta y parten de ello los tribunales- ha agotado su tesorería y no puede hacer frente al pago en dinero...? La justicia, por tanto, habrá de buscarse en que la sustitución tenga valor equivalente, que no se de en pago de 100 lo que tenga un valor de 50, y buscar un equilibrio en el cumplimiento de la obligación. Pero no es –a nuestro entender- un “cambio del objeto de la prestación”, como dice el tribunal de la Audiencia Provincial. No estamos en presencia de una modificación del contrato, sino en su ejecución, en su cumplimiento. La norma precisamente se haya sistemáticamente emplazada bajo el capítulo relativo al “cumplimiento y extinción de las obligaciones”, y en concreto bajo el título del “cumplimiento de la obligación”, que es cosa distinta a la modificación del contrato.

Es obvio que no puede quedar desamparado el interés del acreedor, pero la norma le obliga a aceptar una sustitución del dinero por otra cosa distinta, siempre que su equivalencia sea justa a criterio del juez, como si en la compraventa se exigiera un precio justo...

El tribunal de la Audiencia parece que rechaza el que se cumpla este último requisito –mirando por el interés del acreedor- en que no ha tenido ninguna culpa la acreedora para que la deudora se haya quedado sin tesorería y no pueda hacer frente al pago de la deuda; pero tampoco exige la norma que la excesiva onerosidad de la prestación en dinero sea causada por la acreedora. También admite el tribunal de la Audiencia –y confirma el Superior- la razón que asiste a la Juzgadora de instancia en no liberar a la deudora de sus obligaciones porque –dice- no existe ningún motivo legal para declarar “una ineficacia del contrato”, ya que realmente existe un pacto que debe ser cumplido –justifica. Pero es que no se trata de declarar ineficacia alguna del contrato, sino su extinción por cumplimiento de la obligación mediante la sustitución del pago.

A nuestro entender, ambas sentencias, la de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Superior de Justicia, así como la del Juzgado de instancia, incurren en el error de que, precisamente si se ha de hacer una interpretación sistemática de la norma –de la ley 493.2 del Fuero Nuevo-, se ha de situar precisamente la norma en el ámbito de la regulación del cumplimiento de las obligación y de la extinción del contrato, no en la modificación de las contraprestaciones. Y precisamente parte el Tribunal Superior explicándonos el origen histórico de esta norma, surgida ya en época romana en momentos de gran dificultad económica para permitir a los deudores que se hallaban en situación de iliquidez “extinguir sus obligaciones mediante la compulsión al acreedor para que aceptara bienes en pago de los créditos dinerarios” (y trae a su argumentación el tribunal la nota a pie de página que en el epígrafe 114 [ii] de su Manual de Derecho Romano Privado hace el Prof. Álvaro d’Ors, precisamente al tratar de la ejecución procesal de las sentencias en el régimen clásico –ejecución patrimonial, y no personal-, en que para mejor comprensión de dicho régimen nos hace considerar que dada la gran aplicación de las garantías patrimoniales en aquella época, los deudores insolventes no quedaban expuestos normalmente a sus acreedores originarios, sino a sus fiadores –porque normalmente también éstos habrían sido los que habrían cumplido ante el acreedor originario, para después repetir contra el deudor-, así como que la ejecución se daba, no contra el que no tenía bienes, sino contra el que no tiene dinero inmediatamente disponible para pagar las condenas pecuniarias; es decir, el insolvente. Y aquí es donde hace la nota para el pie de página donde nos expone lo que recoge la sentencia que analizamos).

Y como recoge la propia sentencia –de la referida nota del Prof. Álvaro d’Ors-, “esta iliquidez pecuniaria resulta especialmente frecuente en momentos de crisis económica, en que escasea el dinero y se deprecia también la propiedad inmobiliaria”, como ocurrió en época Cesariana, en que una ley vino a autorizar el

pago de deudas pecuniarias mediante la entrega estimada de fincas (*aestimatio possessionis*)..., y volvió a aparecer también en época de Justiniano, recogién dose en la *Constitutio IV* (relativa a los fiadores y mandantes, a los que prometen y a los pagos), que, en su capítulo III, sanciona por razón de clemencia, aunque no sea grato para algunos acreedores, el que pague el deudor de dinero con bienes inmuebles⁶⁸.

Argumenta la sentencia que los códigos civiles europeos excluyeron de sus regulaciones esta dación en pago necesaria, consagrando el principio de identidad en el cumplimiento de las obligaciones, y que, por su tradición romana, pervive en el Derecho navarro, pero que se le ha de dar un carácter excepcional frente al principio *aliud pro alio invito solvi creditore non potest*.

Sin embargo, el que realmente sea el Derecho civil navarro una excepción en el acogimiento de esta figura jurídica de la *datio in solutum* necesaria, y el que sea una excepción el reseñado principio de identidad en el cumplimiento de las obligaciones, no le resta legalidad; y no por la excepcionalidad debe ser interpretada de manera restrictiva, sino en sus propios términos, en los términos en que viene reseñada legalmente, sin más, ni menos exigencias, y sin acudir tampoco a doctrinas jurisprudenciales ciertamente restrictivas del derecho común, en el que no se contiene esta institución, por cuanto que tiene el propio Derecho navarro autonomía suficiente para integrar sus interpretaciones en sus propias fuentes, cuales son la costumbre, en primer lugar, las leyes de la propia Compilación, en segundo lugar, los principios generales del Derecho navarro, en tercer lugar, y solo es en cuarto lugar que se habría de acudir al derecho supletorio del Código civil estatal y la jurisprudencia que a éste interpreta.

Además, resulta que en el caso de autos tampoco se hace necesario esfuerzo mayúsculo de interpretación. Si la norma dispone que el acreedor de dinero “tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”, esta prestación debida es pagar con dinero, y si pagar con dinero no puede en este caso el deudor (que la sentencia sin objeción alguna así lo considera probado) porque ha agotado

⁶⁸ CJ. Nov. 4, 3. « *Quod autem de cetero humana auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum, debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia: damus creditori licentiam volenti immobiles **res accipere pro auro***”. (= Mas aquello con que por lo demás se auxilia a los cuidados humanos, aunque acaso no sea grato para algunos acreedores, es, no obstante, sancionado por nosotros por razón de clemencia. Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamando de todos modos dinero, pero a aquel no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera ningunos bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero).

su tesorería y siendo su objeto social la promoción y venta de viviendas ha caído en las garras de la abrumadora crisis del ladrillo que todavía nos aplasta, no parece que la justicia, que también exige la norma, deba buscarse en verificar –como dice la sentencia- “que la decisión de los jueces de instancia no es ni arbitraria, ni ilógica, ni falta de motivación”, sino que debe buscarse en el justo valor del objeto en equiparación con el dinero debido, en la equivalencia del valor del objeto con el valor del dinero, y a este respecto dice la sentencia, sin embargo, que hace abstracción “de que el valor real y actual de los bienes sea el que establecen los informes periciales obrantes en autos...”, cuando, a nuestro entender, es precisamente esta la ponderación de la que debe resultar el requisito de justicia que impone la norma, en el sentido de que la sustitución sea “justa”, equiparada en sus valores⁶⁹.

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como ya se ha dicho anteriormente, no es en Navarra una construcción jurisprudencial, sino que viene recogida en la ley 493.3 del Fuero Nuevo, al disponer que “[C]uando se trate de obligaciones de largo plazo o de tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”. Sin embargo, y aunque así se reconoce por la propia doctrina jurisprudencial navarra, considera ésta que ha de interpretarse con los evidentes recelos que la aplicación jurisprudencial del Tribunal Supremo suele encerrar, considerando que los requisitos de la norma son “prácticamente coincidentes con los que viene manteniendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Así lo considera la STSJ Navarra (Sala civil y penal) de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4330).

En el caso examinado por esta sentencia se da lugar a la aplicación de la ley 493.3 del Fuero Nuevo de Navarra en la sentencia del Juzgado de instancia, pero tanto la Audiencia Provincial, como el Tribunal Superior de Justicia desestiman la demanda y con ello la aplicación de esta ley por considerar que no se daban los requisitos para ello.

⁶⁹ Un comentario crítico de esta Sentencia del TSJ de Navarra (Sala civil y penal) de 12 de noviembre de 2013 lo hace MANUEL PULIDO QUECEDO. *El “buen Juez” Magnaud y la dación en pago necesaria*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 877/2014 Pamplona, 2014. Achaca a la sentencia una interpretación formalista y restringida del Derecho civil foral, en momentos en que precisamente el Tribunal Supremo del Estado tiende a acomodar el Derecho de obligaciones a las circunstancias actuales y a los textos internacionales. Añadimos nosotros que no es solamente que se haga una interpretación formalista y restringida, sino una interpretación asistemática, cuando invoca precisamente que debe ser sistemática, entendiendo la ley 493 del Fuero Navarro como si regulara una modificación del contrato o cambio de objeto del contrato, siendo, por el contrario, que la sistemática de esta norma se sitúa precisamente en el pago como cumplimiento de la obligación y extinción del contrato, no modificación de su objeto.

El asunto versa sobre la pretensión de modificación o, subsidiariamente, de resolución, del Convenio suscrito el 12 de diciembre de 1978 para los Corredores de Comercio Colegiados con ejercicio en la plaza de Pamplona, al que el demandante se adhiere tras su toma de posesión como Corredor de Comercio en dicha plaza, conociendo en el momento de la adhesión todas las circunstancias que a él le correspondían, habida cuenta su cualificación profesional, y optando por adherirse al convenio, según así se declara probado, así como que no se había producido una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo en lo convenido, ya que las diferencias de ingresos que podían producirse al aplicarse los porcentajes correspondientes le eran conocidas al demandante. Y con apoyo en la ley 493.3 del Fuero Nuevo de Navarra pretende el demandante la modificación, o subsidiaria resolución, del convenio.

Entiende la sentencia de último grado que la aplicación de esta norma requiere (i) haberse producido una alteración fundamental y grave del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de las prestaciones; (ii) que dicha alteración ha de ser fruto o producto de haber sobrevenido circunstancias imprevistas; y (iii) que derivado de todo ello se haga extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes.

Y entiende también que el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en Navarra, salvo en la previsión tendente a declarar la modificación o su resolución, con cita de una extensa reseña de sentencias del Alto Tribunal, es “prácticamente coincidente con cuanto viene estableciendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a su vez refiere la doctrina jurídica existente en la materia, independientemente de las distintas tesis en que se basan los diferentes autores y, que, con similares caracteres, viene siendo recogida o aplicada en el Derecho Comparado”.

La posterior sentencia del TSJ Navarra (Sala civil y penal) de 2 de abril de 2003 (RJ 2003, 5398), se remite a esta otra anterior, de 24 de mayo de 1995 y que acabamos de comentar, para fijar los presupuestos que deben darse para la aplicación o proyección de la ley 493.3 del Fuero Nuevo, y añade otro, que ahora señalamos nosotros como (iv) para exigir “la existencia de una desproporción exorbitante, producida fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes”. Sin embargo, nos parece que este último requisito que dice añadir esta última resolución no es más que la reproducción del primero (haberse producido una alteración fundamental y grave del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de las prestaciones).

Y a la misma sentencia de 24 de mayo de 1995 se remita la STSJ Navarra de 17 de julio de 2007 (ROJ STSJ NAV 451/2007), recogiendo aquellos requisitos como premisas imprescindibles y describiéndolos ahora como: (i) la alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplirse el contrato, (ii) que ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles

o la existencia de una desproporción exorbitante, producida fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes; y (iii) que verdaderamente se derrumbe el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones.

El supuesto de hecho que da lugar a la SAP Navarra (sección 3ª) de 6 de octubre de 2010 (JUR 2011, 232077) conviene destacarlo por las razones que después se argumentarán, y es el siguiente, muy habitual en los tiempos que entonces corrían: en contrato privado de 20 de diciembre de 2007 una promotora vende una vivienda por un precio determinado y a cuenta cobra una cantidad también determinada, quedando aplazado el resto del precio al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En el contrato se pacta que en caso de resolución unilateral por parte de los compradores la vendedora debería restituir las cantidades entregadas una vez reducidas en el equivalente al 5% del precio de la vivienda.

La promotora formula demanda en reclamación del cumplimiento del contrato y los demandados se oponen y reconviene su resolución; y en contra de esta resolución argumenta el tribunal (i) que la imposibilidad como causa de extinción de la obligación se refiere a la prestación misma y a su cumplimiento (ley 493 del Fuero Nuevo), no a la insolvencia o falta de liquidez del deudor, -y esto es cierto- pues las obligaciones son posibles objetivamente aunque el deudor no pueda cumplirlas por carecer de efectivo numerario; y (ii) que tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han aceptado la posibilidad de modificación y revisión de un contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, pero no puede dar lugar a su extinción (y en su apoyo invoca las viejas SSTs de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 17 de mayo de 1957, recogidas, entre otras muchas posteriores, por la STS de 17 de noviembre de 2000 y la de 1 de marzo de 2007).

Y en el caso en cuestión no se da lugar a la aplicación de esta cláusula porque no se había solicitado la modificación del contrato, sino la absolución de la demanda..., y por reconvenido su resolución.

Con independencia de estar, o no, en lo cierto, respecto de que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo siga manteniendo que por la cláusula *rebus sic stantibus* solamente se pueda solicitar la modificación o revisión del contrato, pero no su extinción, no podía obviar el Tribunal navarro que la ley 493.3 FN permite solicitar “la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”; pero lo cierto también es que, si frente a la petición de cumplimiento del contrato por la promotora demandante, el demandado no solicita por reconvenido su modificación o resolución, sino que se limita a pedir la absolución de las pretensiones de la demanda, por imposición del principio de congruencia de las sentencias (art. 218.1 LEC), no podía el tribunal tener en cuenta las circunstancias relevantes de los hechos probados más que para dar lugar al cumplimiento o rechazar la demanda, pero sin modificar los efectos del contrato, ni resolverlos (porque no se le pedía por reconvenido), aunque

favorecieran para ello, como así sucedía que los virtuales compradores eran una pareja que se habían separado; que habían suscrito un préstamo personal inicial para dar la parte del precio entregada a cuenta en el contrato de autos, del que ya estaban pagando una cuota mensual considerable; que se le había finalizado a ella el contrato laboral, viviendo desde la separación con su hijo y con su madre en la vivienda de esta última; que a él, como consecuencia de la crisis financiera, los bancos le daban en 2007 todo tipo de facilidades, pero no ahora, en que le negaban el préstamo hipotecario necesario para la adquisición del inmueble por contar ya con excesiva carga financiera, además de que le habían preavisado el final del contrato de trabajo...

En igual sentido se pronuncia la SAP de Navarra (sección 3ª) de 22 de diciembre de 2011 (JUR 2013, 318147), argumentando que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado y aceptan la posibilidad de modificación o revisión del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y no puede aplicarse al caso de autos porque “no se ha pedido una modificación del contrato, sino una imposibilidad de cumplimiento...”

b) Cláusula *rebus sic stantibus*

La doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* parece ser la más antigua de las formuladas para solventar el problema de la repercusión del cambio imprevisto y extraordinario de las circunstancias tenidas en cuenta para la perfección del contrato en la relación contractual. En síntesis, sostiene esta teoría que debe entenderse como una voluntad implícita o sobrentendida de los contratantes en el contrato, cuando se vinculan por medio de una relación contractual de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, establecida como condición o cláusula por la que el contrato les obliga según lo pactado mientras *rebus sic stantibus* (mientras las cosas sigan así), tal cual las cosas sigan igual que al tiempo de crear la obligación y consecuente relación contractual.

El origen de esta doctrina “es controvertido y su tránsito histórico atormentado”⁷⁰, como dice la Prof. Dra. Teresa Giménez-Candela, pues aunque busquemos en el Derecho Romano, como poco menos que obligado es buscar en nuestro origen común, entendido como lugar de fuente de toda luz en materia jurídica, lo cierto es que no encontraremos cita alguna de cláusula semejante por ninguno de los juristas romanos, que pasaron por alto esta doctrina, puesto que más bien habría consistido en un escollo a los pilares que acabaron por sustentar el vínculo de sus acuerdos consensuales y en donde parecía sagrada la lealtad y la confianza a la palabra dada.

⁷⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, T. “La modificación de las condiciones del contrato (la cláusula “*rebus sic stantibus*””, en Roma e America Diritto Romano Comune, 22/2006. p. 129.

No obstante, la posibilidad de afectar este principio de vinculación o atadura contractual como consecuencia de un cambio imprevisto, extraordinario y sobrevenido de las circunstancias habidas al tiempo de convenir el contrato, debió preceder incluso a las fuentes jurídicas romanas y estar en la conciencia social como una reflexión nacida de la ética y de la filosofía y que poco a poco iría calando al ámbito jurídico, hasta aceptarse y verse plasmada conforme hoy la conocemos.

Según cuanto nos referencia y expone Francisco Candil⁷¹, en ese proceso de formación histórica de esta condición tácita de resolución que se supone acompaña a todo contrato de ejecución continua, periódica o diferida, y que entra en aplicación cuando cambian las circunstancias del contrato, se suele datar su origen por los críticos con opiniones distintas.

Según F. Candil, una primera corriente –y nos cita a Fritze y su obra “Cláusula *rebus sic stantibus*”, en Arch. Für bürgerl, 1900- el origen estaría en los filósofos estoicos, los canonistas y los moralistas.

Otra segunda corriente la encabezaría Pfaff –y nos cita su obra “*Die Clausel rebus sic stantibus in der Doctrin der Oesterr*”; Gesetzgebung. Stuttgart 1898- para quienes, sin apartarse de la reflexión filosófica originaria, habrían sido los juristas de la época de los glosadores los que la habrían formulado ya en el ámbito jurídico (*contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*), opinión que este autor considera exagerada porque, aunque ciertamente se multiplicaron en esta época los estudios sobre la usura, o sobre la lesión, temas inspirados en la moral católica que suponían un cierto entronque con la filosofía de esta cláusula, la verdad es que no se conoce autor alguno que propusiera el problema en los términos posteriormente planteados.

Y para una tercera corriente de opinión –se nos cita a Giuseppe OSTI y su artículo “*La cosiddetta cláusula rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*”, en Rivista di Diritto civile, año IV, 1912-, serían los filósofos –y más concretamente los católicos- los que con el sentido moral propio de sus argumentaciones habrían preparado el camino a los juristas laicos para la formulación de esta doctrina.

Así, con fuente en Cicerón, primero, y después en Séneca, perfilados sus argumentos posteriormente por Santo Tomás, según esta última opinión, se nos daría traslado de las normas de conducta sociales que imperaban en aquellas épocas y que contribuirían a ir formando poco a poco una atmósfera propicia a un posterior acogimiento jurídico de esta filosofía en los juristas canónicos, para traspasar después esta misma filosofía que subyace en esta cláusula a los juristas laicos.

⁷¹ CANDIL CALVO, Francisco. *La cláusula rebus sic stantibus*. cit. pp. 23-24.

Los pasajes de Cicerón de los que podemos extraer la conciencia social de aquella época, respecto a que en proporción que varían las circunstancias se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas (*ea quum tempore commutantur, commutatus officium, et non semper ídem est*), se nos relatan en su obra “*De officiis*”⁷²; y uno de los ejemplos que nos pone es el del abogado que nos ha prometido su asistencia para una causa y al que mientras tanto se le enferma gravemente su hijo, en cuyo caso no estaría obligado a mantenernos aquella promesa (este ejemplo también nos lo pondrá después Séneca, como veremos a continuación). Se nos da así el criterio que, en este sentido, según la moral de la época debía regular la conducta de los hombres para conseguir la justicia.

Otra cita de la misma obra de Cicerón que se hace por la filosofía medieval, es el conocido texto en el que pone como ejemplo el depósito de una espada por alguien que entretanto la reclama se le declara loco, en cuyo caso, ante el peligro que un arma puede suponer en manos de alguien con sus facultades mentales perturbadas, devolverle el arma sería considerado un error (*peccatum*) y no devolvérsela, en cambio, un deber moral (*officium*)⁷³.

⁷² MARCUS CICERONIS. *De officiis*, 1, 10. Este capítulo décimo lleva la rúbrica de “La justicia de nuestra acción depende muchas veces de las circunstancias. Casos en que está uno dispensado de cumplir la palabra o promesa”, y el texto dice así: “Mas hay casos y circunstancias en que lo que parece digno de un hombre justificado, a quien llamamos hombre de bien, varía totalmente y se muda en lo contrario: de forma que viene a ser justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito y el no guardar y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requieren. Porque es necesario referirse en todo a aquellos fundamentos de la justicia que propuse al principio: lo primero, que no se haga daño a nadie y, lo segundo, que se mire por la común utilidad. **A proporción que varían las circunstancias se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas.** Porque puede ocurrir alguna promesa o convención cuyo cumplimiento no sea útil o a quien la hizo o a quien fue prometida. Si no hubiera cumplido Neptuno (como cuenta la fábula) la promesa que hizo a Teseo, no quedara éste privado de su hijo Hipólito. Porque de tres súplicas (que había pedido Teseo a Neptuno, la primera era que se le concediera matar al Minotauro; la segunda que se le franquease la entrada en los Infiernos; y la tercera que pereciese su hijo Hipólito, petición ésta que hizo con imprudencia, dando crédito a las falsas acriminaciones de la madrastra, por lo que no se le debía haber otorgado), según dicen, fue la tercera pedirle, dejándose llevar de la ira, la muerte de su hijo Hipólito, que, otorgada, le costó tan triste llanto. Y así tampoco deben llevarse a efecto aquellas promesas de que no ha de resultar provecho alguno a quien se ofrecieron, ni las que acarrear más perjuicio al que la prometió que utilidad a quien se hicieron; antes es contrario a la misma obligación el no anteponer la mayor a la menor. Por ejemplo, si quedase uno en defender a otro en un pleito el día de su vista, y entre tanto sobreviniese una enfermedad grave a un hijo suyo, no faltaría a la obligación en no hacer la defensa; al contrario, faltaría el litigante si se quejare de que le ha desamparado.

⁷³ Cic., de off., 3, 35, 95 «Luego, alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo: si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco... (... *si gladium quis apud te sana mente depossuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere*)... El dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar los préstamos una vez cambiada la utilidad se convierten en cosas no honestas.

En Séneca, y en su obra “*De beneficiis*” (Libro IV, cap. 35), podemos ver cómo sigue el criterio de Cicerón y, después de decirnos en el capítulo anterior que el sabio no cambia de parecer si permanecen las razones que existían cuando adoptó su criterio, nos dice que,

“tan pronto como quebrante mi palabra entonces seré tachado de inconstante, siempre que quedando todas las cosas de la misma manera que cuando di mi palabra, no la mantenga; por el contrario, todo lo que cambia, me da la libertad de consultar de nuevo y me desliga de la palabra dada... Todas las cosas deben quedar igual como estaban al dar la palabra para que cumplas la palabra prometida; si por ejemplo, yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tú quieres intentar es dirigida contra mi padre; si yo prometo acompañar a alguien en un viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino; si yo prometo asistirte, pero en tanto se enferma mi hijo o mi mujer es objeto de los dolores del parto, en todos estos casos el *officium* no me obliga a mantener la palabra que he dado”.

Todas estas ideas filosóficas serán perfiladas después por Santo Tomás - *Suma Teológica*⁷⁴-, para generalizarse posteriormente en la doctrina, tanto por canonistas como por civilistas, y trascender hasta el extremo de considerar que todo acto o disposición, sea de última voluntad, sea liberal o sea mediante un contrato, aunque sea bajo juramento, se ha de entender hecho siempre bajo la condición tácita o con la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* (=mientras las cosas sigan como eran y no surja algo nuevo).

Para Terraza Martorell⁷⁵, no puede afirmarse que esta teoría apareciera ya en época de los glosadores, aunque entre ellos se estuviera madurando el germen por donde posteriormente se iniciaría su entrada al ámbito jurídico civil, sino que es en la obra de los canonistas donde ha sido afirmada y desarrollada por los juristas del derecho canónico y aplicada por los tribunales eclesiásticos; y es, según este autor, en la segunda parte del Decreto de Graciano (tercera parte del canon 14) en el que, derivado del pasaje de Santo Tomás y con idéntico argumento, se dice que,

⁷⁴ En el Libro II, 2, qu. 110, a. 3, dice: “Pues como Séneca dice, para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada se haya cambiado: por el contrario, si mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en la mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo lo que prometió, ya que no persisten las mismas condiciones. Por consiguiente el Apóstol tampoco mintió, al no ir a Corinto a donde había prometido ir, como se dice en la II a los Corintios, capítulo I, debido a los impedimentos que sobrevinieron”.

⁷⁵ TERRAZA MARTORELL, J. “Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*”. Bosch, 1951, p. 71, con cita de JULIEN BONNECASSE y su obra “*Supplement al Traité Theorique et Pratique de Droit Civil de G. Baudry-Lacantinerie*, T. III, 1926, Lib. Sirey, París.

“lo que no tiene un doble cariz no se debe llamar mentira, v.gr.: como si se confía a uno un puñal y promete devolverlo al pedirlo el que se lo entregó, si enfurecido el dueño exige su puñal está claro que no se lo han de devolver, no sea que se mate él o asesine a otro, hasta que haya recobrado la serenidad...”

Como casos prácticos que de aquellas épocas pueden ser interesantes para entender su aplicación, y en especial para después confrontar con la construcción jurisprudencial actual, este autor –Terraza Martorell- nos refiere en su obra el que Bartolomé de Brescia (fallecido a mitad del s. XIII) decide y nos recoge en sus *Selectae quaestiones iuris*, cuando rechaza la pretensión de un seglar, que obtiene de una iglesia la concesión de construir un molino en un río perteneciente a aquélla, con la obligación de pagar a la misma una pensión, cuando solicita ser librado de esta obligación de pagar la pensión como consecuencia de que el molino que había construido había sido destruido; y el seglar se basaba para esta petición en el principio contenido en el aforismo de que “lo que aparece de nuevo, necesita de un nuevo auxilio”, aforismo este que después se encontrará repetido en tratados posteriores y que se usa como paráfrasis de la cláusula *rebus sic stantibus*.

De nuestra doctrina medieval también nos hace interesantísimas aportaciones jurisprudenciales este autor, en su obra ya citada, destacando el caso de que, en el año 1566, la Universidad de Tortosa convino con la Cofradía de pescadores en que ésta se obligaba a entregar cada año unas determinadas cantidades de trigo y de aceite a la Universidad, a cambio de ciertos derechos que la Universidad cedía; y, años después, se creyó la Cofradía lesionada por cuanto que subsistía su obligación de entregar aquellas cantidades de trigo y de aceite y, en cambio, en virtud de nuevas circunstancias, los derechos que recibía en compensación resultaban ya irrisorios, lo que, sometido a la decisión de los Tribunales, por sentencia de 31 de enero de 1600 y 1 de julio de 1601 se falla a favor de la Cofradía, con fundamento en que por el transcurso de los años (1566-1600) los precios de los aperos y herramientas y el de los víveres habían aumentado desmesuradamente, por lo que podía cumplir la Cofradía dejando de entregar aquellas cantidades de trigo y de aceite inicialmente convenidas y pagar a la Universidad, en compensación, su valor computado por el que tenían sus medidas unitarias al cerrar aquel trato.

En el s. XVIII, con la excepción de los textos de la pre-codificación territorial alemana en el Código de Baviera, de 1756, y en el Código civil prusiano, de 1794, y en menor medida, pero con cierto interés, la referencia que también se hace en el Código civil austríaco, en el que influyó el código prusiano, se deja de lado y se interrumpe el desarrollo de esta doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, y se olvida después en las codificaciones del s. XIX, hasta que la Gran guerra de 1914-1918, y sus devastadoras consecuencias también de orden jurídico en las relaciones patrimoniales de carácter privado, hizo que, al no venir contemplada en

los textos legales, los tribunales hubieran de resucitarla, bien con su nombre propio o bien con otras denominaciones, pero en las que subyace la misma razón o argumento de equidad correctiva.

Algunos códigos también la resucitan y la consagran de manera más o menos expresiva en sus textos, como es el caso del Codice civile italiano de 1942 (en el art. 1467), tomando como criterio la excesiva onerosidad sobrevenida en la fase de ejecución del contrato, pues el legislador considera que el desequilibrio económico entre las prestaciones, en los contratos de carácter conmutativo (no aleatorios o de suerte), es irrelevante generalmente en el momento de la formación del contrato, por cuanto que en este momento preside el principio de autonomía de la voluntad y ambas partes son libres de convenir en condiciones desventajosas para una y ventajosas para la otra; pero no así en la fase de la ejecución del contrato, en los casos de ejecución continua, periódica o diferida, en que predomina el principio de mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones acordada en la fase de formación del contrato, por lo que, si se diera el caso de ruptura de esa equivalencia inicial, por razón de eventos extraordinarios e imprevisibles que hacen la prestación para una de las partes excesivamente onerosa, ésta puede solicitar incluso la resolución judicial del contrato (art. 1467.1), que la otra puede evitar si ofrece la modificación equitativa (art. 1467.3) de reducir el monto de la prestación que se ha vuelto excesivamente onerosa o el aumento de la propia prestación.

En otros códigos relativamente recientes, como es el caso del Código civil de Etiopía, de 1960 (en el art. 1764), en cuya redacción han tomado parte juristas europeos, también se toma como causa de modificación del contrato la ruptura del equilibrio de las prestaciones; o la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales, anexa a la Convención de la Haya de 1 de julio de 1964 (en el art. 74, bajo el título de la exoneración⁷⁶).

⁷⁶ Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional. Vol. I, Publicación de Naciones Unidas, 1971, p. 40. Art. 74.1 Cuando una de las partes no ha cumplido con una de sus obligaciones, no será responsable de tal incumplimiento si prueba que éste es debido a un obstáculo que según la intención de las partes al momento de la celebración del contrato, ni debía tomar en consideración, ni evitar o superar; a falta de cualquiera expresión de la intención de las partes, se atenderá a la intención que tuvieran personas razonables colocadas en la misma situación. 2.- Si las circunstancias que motivaran el incumplimiento son de tal naturaleza que sólo originen un impedimento temporal del cumplimiento, la parte que no cumpla será, sin embargo, relevada permanentemente de su obligación si a consecuencia de la demora el cumplimiento cambie tan radicalmente que lleve a la ejecución de una obligación del todo distinta a la prevista en el contrato. 3.- La exoneración... no impedirá la resolución del contrato fundada en alguna otra disposición..., ni privará a la otra parte de cualquier derecho que le corresponda..., a menos que el obstáculo que justifique la exoneración haya sido producido por la otra parte o por alguna persona de la cuál ella sea responsable.

La causa de aquel abandono de la cláusula en el siglo XVIII y principios del s. XIX se explica, según Federico de Castro⁷⁷, por un lado, en su condena por el Derecho Natural, partidario de mantener lo prometido, y, por otro, en el repudio de los pandectistas alemanes al no encontrarle base en el Derecho romano.

En nuestro Código civil, como tampoco en el de Napoleón (al no haber sido acogida la doctrina de la cláusula tampoco en los tratados de Domat y de Pothier), no se hace ninguna mención, como regla de carácter general, a la posibilidad de revisión o modificación del contrato ante la ruptura del equilibrio de las prestaciones concertado debido a una grave alteración o exorbitante modificación de las circunstancias.

La regla general es más bien el principio de vinculación que inspira al art. 1091 CC⁷⁸ (*pacta sunt servanda*). El cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC); obligan desde que se perfeccionan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC).

Y hay incluso preceptos concretos que niegan importancia y trascendencia a las circunstancias que sobrevienen a la perfección del contrato: así, por virtud del art. 1182 CC, un deudor que se constituye en mora queda obligado aunque la cosa que deba entregar se pierda o se destruya; el art. 1293 CC no permite la rescisión del contrato por lesión, salvo que sea en más de la cuarta parte del valor de las cosas y se trate de contratos celebrados por tutores sin autorización judicial, o contratos celebrados en representación de los ausentes; por virtud del art. 1484 CC, no es responsable el vendedor de los defectos que aparezcan en la cosa vendida, aunque no estuvieran manifiestos, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos; tampoco tiene derecho el arrendatario a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de los frutos, aunque se deba a casos fortuitos, si éstos son ordinarios (art. 1575 CC, primer párrafo), ni cuando los frutos se pierden después de estar separados (art. 1576 CC); y el art. 1625 CC no permite la extinción del censo sobre una finca más que si se pierde ésta o se inutiliza totalmente, no si la pérdida es solo parcial.

Sin embargo, al lado de estos casos –en los mismos preceptos legales- y de manera paralela, se tiene en cuenta también la trascendencia de las alteraciones debidas a circunstancias sobrevenidas: en el mismo art. 1182 CC se declara extinguida la obligación que consiste en entregar una cosa determinada cuando se pierde o se destruye, sin culpa del deudor, antes de incurrir en mora; si ya ha

⁷⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio jurídico* cit. p. 315.

⁷⁸ Las Obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.

incurrido en mora, hemos visto que resulta intrascendente esa pérdida o destrucción y persiste la obligación (en este caso ya, evidentemente, de indemnizar).

También el mismo art. 1293 CC permite la rescisión del contrato cuando la lesión es más de la cuarta parte del valor de las cosas y han sido celebrados por el tutor sin autorización judicial o por quien representa a los ausentes.

El vendedor responde al comprador, aunque los ignore, de los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida si la hacen impropia para el uso convenido o si disminuyen de tal modo su valor que el comprador no la hubiera adquirido de haberlo sabido (arts. 1484 y 1485.1 CC), salvo que se hubiera estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos (art. 1485.2 CC).

El arrendatario de un predio rústico tendrá derecho, salvo pacto en contrario, a la rebaja de la renta en casos de pérdida de más de la mitad de los frutos por causa fortuita extraordinaria (como el incendio, la guerra, la peste, inundaciones insólitas, plagas, terremoto...) e imprevisible (art. 1575 CC). El censo de la finca se extingue si ésta se pierde o se inutiliza por fuerza mayor o caso fortuito (art. 1625 CC).

Y en otros casos más también se ha tenido en cuenta por el legislador la trascendencia de la variación sobrevenida de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el inicio del nacimiento de la obligación: así, el art. 644 CC permite la revocación de la donación entre vivos cuando la ha hecho una persona sin hijos, ni descendientes, y después tiene, aunque sean póstumos, o resulte vivo el hijo que creía muerto cuando hizo la donación. En el art. 1129 CC se dispone la pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo cuando suceden determinadas circunstancias, como que después de contraída la obligación resulte insolvente y no garantice la deuda..., o cuando disminuyen las garantías después de establecidas o desaparecen de manera fortuita y no son inmediatamente sustituidas por otras. El art. 1154 CC permite la intervención del Juez para moderar equitativamente la pena, en obligaciones con esta cláusula, cuando la obligación principal se hubiera cumplido por el deudor en parte o irregularmente.

Al vendedor se le exime de la obligación de entregar la cosa vendida cuando, convenido un aplazamiento o término para el pago, descubre que el comprador es insolvente, siempre que este descubrimiento sea posterior a la venta (art. 1467 CC); a la inversa, si el comprador es perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tiene fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, salvo pacto en contrario, puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haga cesar esa perturbación o peligro, a no ser que afiance la devolución del precio (art. 1502 CC); también puede el vendedor promover la resolución de la venta si le surge fundado motivo para temer la pérdida del inmueble y el precio (art. 1503 CC).

El arrendatario tiene la obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta e incluso se le prive de parte de la cosa arrendada, cuando sea necesario hacer alguna reparación urgente que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo (art. 1558 CC); el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que la prestó, pero si antes tiene urgente necesidad de ella, puede reclamar la restitución (art. 1749 CC); en el depósito, puede el depositario no conservar el depósito y restituirlo al depositante antes del término designado, cuando tenga justos motivos para no conservarlo.

Por tanto, aunque con carácter general no consigne nuestro Código civil una regla expresa que atribuya la posibilidad de revisión o modificación del contrato como consecuencia de la alteración de las circunstancias sobrevenidas en su ejecución, no lo impide, e incluso para casos concretos ya lo tiene en cuenta y lo permite; y no puede tampoco decirse que no quepa entenderla como “implícita” o sobreentendida en los contratos, sin perjuicio de que se sostenga por los autores en la teoría general del contrato su fundamento en una u otra razón, por cuanto que nuestro Código bien que permite expresamente en ocasiones facultades implícitas, como es el caso del art. 1124 CC, en el que se dispone que se entienda implícita en todo contrato con obligaciones sinalagmáticas la facultad de resolución para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

Con base en que no es exigible que el precio sea justo en el contrato de compraventa (salvo las excepciones del Derecho catalán y navarro), se podría pretender que no persigue la equiparación de las prestaciones, por cuanto que cualquiera de las partes es libre de convenir en condiciones desventajosas para ella y ventajosas para la otra parte, y que, por ello, no puede considerarse que de los principios que inspiran nuestro Código se extraiga la regla general que pretendemos de que se pueda pedir la revisión o modificación del contrato como consecuencia del devenir de un cambio o alteración de circunstancias que rompa la estructura de equilibrio económico de las prestaciones.

Sin embargo, sería un error entenderlo así, porque debemos considerar dos momentos distintos en esta relación contractual surgida del contrato.

Uno de estos momentos es el de la formación del contrato, que concluye con la prestación del consentimiento en el objeto y causa de las obligaciones que se contraen, es decir, en la perfección del contrato creador de la relación contractual subsiguiente; y, en este primer momento, es cierto que no exige el Código para su validez equiparación alguna de las contraprestaciones y que cada parte es libre de convenir en las condiciones ventajosas o desventajosas que tenga por conveniente.

Pero otro momento distinto es el que surge a continuación de esa perfección del contrato y que dura mientras persiste la relación contractual, que es el momento de la ejecución del contrato, bien porque su cumplimiento sea periódico, o bien porque se ha diferido en el tiempo a una fecha posterior. Y, para este segundo momento o fase del contrato, no predica el Código aquella posibilidad inicial de

contratar en las condiciones ventajosas o desventajosas, sino más bien procura y vela para que se mantenga la relación contractual según los parámetros prefijados y ordenados en su creación, según la proporcionalidad convenida de las prestaciones en el momento creador.

Se trata así, del principio de proporcionalidad de las prestaciones, a que se refiere Francesco Galgano⁷⁹, que dice que resulta de la disciplina de la resolución y que la jurisprudencia lo ha deducido en bastantes ocasiones del art. 1455⁸⁰ Codice c., en el que se subordina la resolución del contrato al requisito de la importancia del incumplimiento.

Nuestro Código civil no lo establece así expresamente y en estos términos; sí, en cambio, se ha recogido por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (vigente hasta el 1 de diciembre de 2007), en cuyo art. 7, último párrafo, se dispone que “la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia” (en idénticos términos se ha incorporado en el art. 121 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

No obstante y no venir expresamente recogido un precepto igual en nuestro Código civil, su vigencia en nuestro ordenamiento viene establecida, primero, por la sistemática y unánime doctrina jurisprudencial cuando interpreta el art. 1124 CC, que faculta la resolución del contrato a petición de la parte cumplidora ante el incumplimiento de la otra parte, incumplimiento éste que, para que pueda dar lugar a la resolución del contrato, ha de ser un incumplimiento grave, un “incumplimiento esencial”, que se caracteriza porque frustra las legítimas expectativas y la finalidad económica o finalidad práctica perseguida. Y, segundo, porque a pesar de que un incumplimiento parcial haya sido admitido sin dificultad por el Tribunal Supremo como incumplimiento resolutorio (v.gr., la STS de 24 de abril de 1951, en la que se sostiene que “la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria porque el art. 1124 no distingue entre ejecución parcial o total”), la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y la buena fe en el cumplimiento de todas las consecuencias del contrato (art. 1258 CC) impediría que, por ejemplo, quien de un precio de 100 hubiera pagado 99 se viera con la resolución del contrato y tener que devolver la cosa que en el transcurso de ese tiempo se hubiera revalorizado a 150, con el consiguiente enriquecimiento injusto para el vendedor.

⁷⁹ F. GALGANO. *El negocio jurídico*. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, 1992, p. 487.

⁸⁰ Art. 1455 Codice c. (*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*).

Es decir, volvemos a que el incumplimiento debe ser grave y si lo es de escasa cuantía resultará un incumplimiento intrascendente y sin alcance resolutorio. Así también se ha afirmado por el Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 10 de mayo de 1989 (“no puede estimarse incumplimiento el no pago de cantidad muy pequeña en relación con el volumen total del precio y de lo adeudado...”).

Por tanto, no parece que pueda considerarse objeción alguna en el cuerpo de nuestro Código civil a la consideración de posibilitar la aplicación de una regla general como la de la cláusula *rebus sic stantibus*; no vemos ningún rechazo, antes al contrario, permite pactos implícitos para las obligaciones sinalagmáticas (como el del art. 1124 CC) y son múltiples los supuestos en los que, aunque no sea como regla de carácter general, ante determinadas variaciones de las circunstancias del contrato en supuestos concretos que redundan en la equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones de la relación contractual, se acude a soluciones en las que late el criterio reparador de la cláusula en cuestión.

No hemos de olvidar que tampoco ha sido ajeno nuestro ordenamiento jurídico a este tipo de soluciones reparadoras de la estructura maltrecha de las relaciones obligatorias como consecuencia de graves crisis, como la de la Guerra civil de 18 de julio de 1936. Por ejemplo, por Orden de 23 de diciembre de 1936 se decretó la suspensión de los plazos de vencimiento en las obligaciones originadas por la compraventa de vehículos que habían sido requisados. La Ley de 9 de septiembre de 1939 (BOE de 11 de septiembre de 1939) se dicta para hacer partícipes en los daños de la guerra a todos los interesados en la propiedad inmueble y en proporción a sus respectivas participaciones; así, por ejemplo, en el art. 4 se dispone que en los inmuebles que responden a préstamos o estén gravados con hipotecas u otros derechos reales, el coste de la reconstrucción se reparta proporcionalmente entre los respectivos derechos e intereses que cada uno tenga sobre el inmueble, poniendo en relación el valor de los daños con el de la finca. Por la Ley de 21 de junio de 1940 (BOE 181), se disponía, en relación a las pérdidas o deterioros de mercancías pignoradas, el reparto equitativo entre acreedor y deudor en proporción al valor asignado a la mercancía en el contrato de prenda y al valor del crédito concedido.

Mención especial merece la Ley 5 de noviembre de 1940 (BOE de 10 de noviembre de 1940), sobre contratación en zona roja, en cuya exposición de motivos ya se argumenta que la contratación en el territorio sometido a la “dominación marxista” suscitaba problemas que requerían “una solución extraordinaria, reparadora de injusticias harto notorias, en orden a la posible anulación de supuestos pactos donde faltaron las condiciones más esenciales para su validez”, y además no parecía justo “que los plazos contractuales, aun en aquellos casos en que la convención deba estimarse perfecta, hayan podido correr durante un tiempo en que ni el derecho ni la obligación encontraron modos posibles de efectividad”, por lo que se hacía razonable y aconsejable la promulgación de la ley, para distribuir las pérdidas equitativamente derivadas de

la revolución o de la guerra entre acreedores y deudores, mediante concesión de quitas y esperas, y todo ello con la finalidad de restablecer “la proporcionalidad contractual, alterada por causas totalmente inimputables a la responsabilidad de los interesados”.

Y en su art. 6 establecía la posibilidad de oponer en los contratos de prestaciones recíprocas, frente a la reclamación de resolución por incumplimiento ex art. 1124 CC, que el motivo del incumplimiento se debió a la situación desventajosa en la zona roja y en términos suficientes para impedir o dificultar gravemente la prestación a que se hallaba obligado. Y en el art. 7 se disponía que “las obligaciones pendientes de cumplimiento a que vengan obligados los contratantes por suministro o suministro y obra, pactadas antes del 18 de julio de 1936 bajo dominio marxista, se regirán por los precios del contrato, solamente modificables equitativamente para restablecer una más justa reciprocidad en el caso de que circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la revolución o de la guerra hubiesen determinado una grave desproporción que alcanzare a significar una lesión superior a más de la tercera parte de su verdadero valor”.

Por último, resta solo concluir en que, aunque no expresamente se contenga la regla de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento jurídico con carácter de regla general, sí que su carácter reparador de la estructura de la relación contractual alterada por circunstancias sobrevenidas se encuentra en múltiples supuestos concretos, y no solamente no se rechazaría su aplicación de una interpretación conjunta de la normativa reguladora de las obligaciones contractuales, sino que incluso puede sostenerse en ella una construcción doctrinal de sus fundamentos, que es lo que ha venido a hacer, y veremos, la doctrina jurisprudencial que la resucita, aunque con lógica cautela, si bien que excesiva.

2. Construcción en los ordenamientos de nuestro entorno

Las tesis o razones que se han sostenido por la doctrina para justificar un equilibrio entre la rígida inmutabilidad del contrato en pro de la seguridad jurídica también en todo su rigor, y la justicia en algunos casos de imperativa necesidad de una readaptación del contrato, sin sacrificio de la seguridad jurídica, y si fuera el caso también su extinción, en casos de alteración grave de las circunstancias y de sus efectos en la relación contractual, son distintas y muy discutidas entre los juristas europeos, pero en todas late la necesidad de buscar la justicia del contrato, o del negocio jurídico.

Sin pretender una relación exhaustiva de las distintas tesis que se han discutido por dar una fundamentación a esta necesaria reestructuración de la relación negocial o contractual en unas determinadas circunstancias, ni tampoco profundizar en sus argumentaciones, sin embargo, consideramos necesario para nuestra exposición siquiera esbozar y situar en su plano histórico algunas de ellas,

porque si de un principio jurídico no positivado se trata, como es el caso, no se comprende bien la resistencia a su positivización si lo erigimos del vacío y hacemos abstracción de su dimensión histórica y de su evolución.

Después de que la filosofía de la Ilustración se impusiera sobre la filosofía aristotélica de la equidad y sobre el *usus modernus Pandectarum* y sobre el Derecho natural –de los siglos XVI y XVII-, pierde fuerza –en el s. XVIII-, hasta desaparecer, la consideración de la cláusula *rebus sic stantibus* y se impone con todo su rigor el principio general de que *pacta sunt servanda*.

a) Teoría de la presuposición.

El jurista alemán Bernard Windscheid (1850) pretende justificar con esta teoría, llamada de la “presuposición”, que la voluntad expresada por las partes en el negocio jurídico puede sufrir restricciones, de cara al principio *pacta sunt servanda* que le rige, debido a la presuposición, entendida ésta –según nos lo expone Karl Larenz⁸¹-, como “una limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que el declarante considera cierto y, por tanto, no puso como <condición> (en sentido técnico jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera.”

En realidad se trata –según nos la exponía ya Clemente de Diego⁸² en 1923- de “una condición no desenvuelta, una limitación de la voluntad detenida en su desarrollo, de tal modo, que no llega a constituir verdadera condición. El que hace un acto con modo o presuposición quiere (como el que practica un acto con condición) que el efecto del acto sólo exista dado un cierto estado de las cosas (haciendo esto o lo otro, si tal o cual cosa sucede, etc.), pero no llega a hacer depender ese efecto del acto, de ese estado de las cosas...; el efecto jurídico querido subsiste y perdura aunque la presuposición no se realice; sin embargo, como esto, evidentemente, es contrario a la voluntad del autor del acto, el que por él es perjudicado o tiene interés en que no se realice, puede obrar y reclamar para

⁸¹ KARL LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Ed. Comares, 2002 p. 18.

⁸² FELIPE CLEMENTE DE DIEGO GUTIÉRREZ. Curso elemental de Derecho civil. Madrid, 1923, p. 712-713. Este autor, formado en Alemania, fue catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Santiago de Compostela (1897) y de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona y en la Central de Madrid (1906), desempeñando el cargo de Presidente del Tribunal Supremo desde 1938 a 1945.

el cumplimiento del modo, y en su caso para que se declare la caducidad del derecho”.

La presuposición viene a ser una condición que supone una limitación de la propia voluntad verdadera, no de la voluntad efectiva negocial. Suele ser conocido el ejemplo de quien, como presunto heredero, testamentario, enajena un objeto en cumplimiento de una carga impuesta en el testamento, y lo hace así porque en su manifestación de la voluntad tiene al testamento como válido; la validez del estamento la “presupone”, con lo que, si después realmente el testamento no fuera válido, podría defenderse del cumplimiento del negocio jurídico en cuestión mediante la *exceptio doli*, si estuviera pendiente de cumplimiento, o mediante la restitución a través de la *condictio sine causa*, si ya se hubiera cumplido.

Por tanto, poca diferencia haría entre “condición” y “presuposición”, salvo que la condición suspende e impide la realización del negocio jurídico y sus efectos, y, en cambio, la presuposición no suspende, ni impide el negocio jurídico, ni sus efectos, sino que de sus efectos evita las consecuencias contrarias a la verdadera voluntad.

Se trata de lo que “presupone” quien presta una declaración de voluntad, que sin ello presupuesto no la habría prestado; para Windscheid es esa presuposición lo que realmente le vincula, como si hubiera sometido su voluntad a una condición, pero sin subordinar los efectos del negocio a lo que se presupone, por lo que, aunque no cambiaran las circunstancias presupuestas –que el testamento no fuera válido, en el ejemplo anterior-, los efectos del negocio jurídico se producirían y subsistirían, pero carecerían de causa o fundamento que los justificara, por lo que si al declarante que le falla la presuposición se le exige el cumplimiento del negocio jurídico, podría oponer la excepción de dolo, y si ya ha realizado el cumplimiento puede pedir la restitución mediante la *condictio sine causa*.

Esta teoría estuvo a punto de ser recogida por el Código civil alemán. Su creador – Windscheid- era miembro destacado de la primera comisión de redacción del proyecto de Código civil y la propuso como solución, y así se recogió en el primer proyecto (§ 742), pero en el segundo proyecto (de cuya comisión de redacción definitiva ya Windscheid dejó de formar parte), fundamentalmente como resultado de la crítica de Lenel, se rechazó porque sus redactores entendieron que esta figura de la “autolimitación de la voluntad” o condición virtual no desarrollada por los contratantes en el contrato, junto a la condición expresa, “atentaba contra la seguridad del tráfico y, por consiguiente, el Código no podía basarse en la misma”⁸³, imponiéndose así el predominio del principio general de

⁸³ Protocolos, II, 2, 690, citado con nota de remisión por K. Larenz. Base del negocio jurídico..., trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Granada, 2002, p. 19.

vinculación contractual (*pacta sunt servanda*), que predominará en todo el sistema del *civil law*⁸⁴.

La crítica de Lenel consistía en la objeción de que entre “presuposición” y un motivo no existía diferencia, y el error en los motivos era sabido que no autorizaba al declarante (al menos *inter vivos*) a desligarse de su declaración, aun cuando la otra parte hubiera conocido el motivo, e incluso el declarante se lo hubiera comunicado.

El ejemplo típico es el padre que ha comprado un ajuar para su hija con la esperanza o “presuposición”, conocida por el vendedor, de que la hija iba a contraer matrimonio en breve. La venta del ajuar no puede resolverse si el matrimonio proyectado no llega a realizarse, salvo que se hubiera puesto como condición del contrato y el vendedor hubiera aceptado esta condición. No basta que el vendedor conozca lo que el padre proyecta, la presuposición del padre, sino que es necesario que el vendedor la acepte como condición del contrato.

Para Lenel, el contenido del negocio sólo debe estar delimitado por la declaración de voluntad, por lo que, si las partes quieren tener en cuenta un fin (un “motivo” por el que realizan el negocio), que lo eleven a la categoría de “condición” o modo, porque la finalidad, el motivo por el que una parte realiza el negocio no deja de serlo para convertirse en eficaz y vinculante para todas las partes intervinientes por el hecho de que éstas lo conozcan. Por tanto, la “presuposición”, o bien debe configurarse como condición de validez del contrato y así aceptada por el otro contratante, o bien se reduce a un simple motivo o finalidad jurídicamente irrelevante (no hay término medio entre un motivo –que sería irrelevante- y la auténtica condición –que sí que sujetaría a las partes).

b) Teoría de la base del negocio

El jurista alemán Paul Oertmann (1921) dirigirá su estudio a refutar las objeciones de Lenel a la doctrina de Windscheid y centra su teoría sobre un nuevo concepto, el de “base del negocio” o “fundamento del negocio”, que entiende es la representación mental que una de las partes se hace en el momento de conclusión del negocio jurídico, y que conoce y no rechaza la otra parte; o la común

⁸⁴ En el *comon law* inglés ha recido y ha persistido hasta la actualidad la figura de la “frustration of contract”, semejante a nuestra cláusula *rebus sic stantibus*, y con semejantes restricciones para su aplicación.

representación de todas las partes intervinientes, sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que se basan sus respectivas voluntades negociales.

Si estas representaciones no se dan así en la propia conclusión del contrato, o posteriormente desaparecen sin que se haya asumido el riesgo de esta desaparición, según Oertmann, debe la parte perjudicada poder resolver el contrato, y si es el caso de un contrato de tracto sucesivo, denunciarlo, es decir, desistir de prestar su obligación.

La distinción entre la “presuposición” de Windscheid y la “base del negocio” de Oertmann radica –según el mismo Oertmann- en que la “presuposición” es la base o parte integrante de una declaración aislada, no del acto negocial bilateral; la “base del negocio”, en cambio, se refiere no a la declaración aislada, sino al negocio como un todo.

Frente a ello, Lenel también critica y argumenta que la tesis de Oertmann no se aclara el concepto de estructura externa del negocio jurídico. Si solo caben dos posibilidades en la estructura del negocio, una parte interna que viene dada por el propio contenido vinculante del negocio, y una parte externa, también solo caben dos posibilidades respecto de la presuposición o la base del negocio, que se entienda como contenido del negocio (declaraciones que sean la base del negocio y que formarían parte necesaria del contenido del negocio jurídico), o bien se entienda que aluden a negociaciones y deliberaciones antecedentes o consiguientes a la conclusión del negocio, sin que su contenido se incorpore al contenido del negocio. Y si el propio Oertmann excluye que se trate de la primera posibilidad, sólo cabe entonces considerar que se trata de declaraciones de la estructura externa, pero a estas declaraciones Lenel les niega el alcance que les atribuye Oertmann, pues si una parte le advierte a la otra, o ambas se lo comunican recíprocamente, que lo que les mueve a contratar –base del negocio- es un determinado supuesto y no lo elevan a la categoría de condición, no considera que tenga valor alguno en cuanto a la eficacia del negocio.

No obstante, esta tesis de Oertmann es aceptada por la jurisprudencia alemana, ya desde un principio, y la fue desarrollando a partir de los múltiples casos que se le ofrecieron como consecuencia de las variaciones de las circunstancias producidas en los contratos por la primera Gran guerra. Hasta entonces había acudido para dar soluciones objetivamente justas a conceptos como el de la interpretación extensiva de la imposibilidad –económica- de la prestación (con base en el § 275 de su Código civil), después mediante una interpretación integradora del contrato (§ 175), y, hasta antes de este teoría, mediante la aplicación del principio de buena fe (§ 242).

Tomando esta doctrina de Oertmann, la jurisprudencia alemana intenta también su desarrollo y la corrección de sus dificultades, así como salir al paso de la dura crítica de la doctrina, porque lo cierto era que, en realidad, también esta teoría entregaba la eficacia de los negocios a consideraciones subjetivas (como hacía la

teoría de la presuposición de Windscheid), que eran muy difíciles de conocer y de demostrar.

Después de la Segunda Guerra mundial, la jurisprudencia alemana dejará de aplicar los planteamientos de Oertmann, al convencerse de que no encontraba en ella y en su desarrollo solución justa a la mayoría de casos que ahora se le planteaban, y volverá a sus planteamientos anteriores: a la aplicación de la interpretación del contrato bajo los principios de la buena fe y de la equidad.

c) Teoría de Larenz de la base subjetiva y objetiva del negocio.

Karl Larenz⁸⁵ reconducirá la teoría de la base del negocio a su teoría de la base subjetiva y la base objetiva del negocio, en la que nos vamos a detener con un poco de más detalle porque será ésta la aceptada por la jurisprudencia de otros países, como Italia, así como nuestro Tribunal Supremo, que hará abundantes referencias a la misma, bien de forma aislada, bien junto a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, desde su STS de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), hasta las más recientes, como la STS de 18 de enero de 2013 (ROJ STS 679/2013)⁸⁶, e incluso a la “base” del contrato se refiere en este tema el art. 1213 del CC en la Propuesta de modificación para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación⁸⁷.

El jurista alemán toma en cuenta que el problema que plantea sobre los contratos una modificación fundamental, no prevista por las partes contratantes, de las distintas circunstancias económicas, sociales y políticas que influyen en la relación contractual, sobre todo como consecuencia de los efectos de la Primera Guerra mundial, había preocupado a la jurisprudencia no solo alemana, sino también a la de otros países, buscando una solución justa que sus códigos no preveían.

⁸⁵ LARENZ, KARL. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada, 2002.

⁸⁶ En su FD 3 nos llega incluso a argumentar que “*en el caso de que la previsión no hubiera sido tan minuciosa, se plantea la cuestión de determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, puede producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las **representaciones mentales** de los contratantes se forman a partir de una determinada realidad –criterio subjetivo–, ya porque la alteración puede llegar a romper, en medida inadmisibles, el equilibrio de prestaciones y, en función del tipo comercial elegido, a privar de todo sentido a la reglamentación pactada –criterio objetivo–.*”

⁸⁷ « *Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución...*

Observa Larenz también que la jurisprudencia, que en un principio procuraba la solución acudiendo, como hemos visto, a conceptos como el de la “imposibilidad de la prestación”, o a la “interpretación integradora del contrato”, o el de la “buena fe contractual”, y que tomó partido por la doctrina de Oertmann, la había abandonado ante sus críticas y ante las evidencias de no dar soluciones objetivamente justas para volver a la solución que daba la interpretación de los conceptos de la buena fe contractual y de la equidad. Y se alerta el propio Larenz de la gravedad del peligro indiscutido para la seguridad jurídica que suponía una jurisprudencia basada en la equidad, además de la dificultad que también suponía para el mantenimiento del prestigio de la propia jurisprudencia y de la ciencia del Derecho alemanas.

Y es con el objetivo de buscar una solución a esta problemática que Larenz considera “llegado el momento de estudiar de nuevo..., este problema que en la anterior generación ha tratado y examinado minuciosamente, desde su punto de vista, Oertmann...”⁸⁸ Y para este estudio suyo, no reanuda Larenz la investigación donde dice que Oertmann la dejó, que consistía esencialmente en el análisis psicológico del contenido de la voluntad de las partes y de sus representaciones mentales, ni tampoco sigue el criterio distinto que habían tomado otros autores, como Krückmann y Locher, sino que, conociendo los criterios de todos ellos, aboga por atajar el problema en toda su extensión y para ello considera lo más conveniente el acudir al material que le proporcionan los casos reales y prácticos planteados ante los tribunales, para, previo análisis comparativo, buscar de entre todos ellos los casos típicos y las soluciones adoptadas.

Por cuanto que, en realidad, este también es nuestro método de trabajo, el análisis de nuestra jurisprudencia tradicional sobre esta materia y su comparación con la jurisprudencia actual en que se utilizan los textos académicos de unificación del Derecho contractual europeo, consideramos de valor plasmar a continuación algunos de estos casos jurisprudenciales alemanes que Larenz toma en consideración también para formular su doctrina.

Uno es el caso resuelto por el Tribunal de apelación de Postdam en febrero de 1948, y es el que se le plantea como consecuencia de la venta, a comienzos de 1940, de un camión en que el vendedor se había reservado el derecho de poder volver a comprarlo después de acabada la guerra por el precio oficialmente fijado; ejercitado este derecho de retroventa en febrero de 1946, se niegan los compradores a entregar el camión, asistiéndole la razón de los tribunales al considerar que no puede el vendedor fundar su pretensión en el acuerdo porque éste ha resultado ineficaz a causa de la desaparición de la base del negocio, pues no figuraban en el contrato representaciones mentales de las partes sobre un final de la guerra, que incluso lo fijaban en fecha anterior; el derecho de retroventa no

⁸⁸ KARL LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Ed. Comares, 2002 p. 3 (introducción).

podía tener sentido que las partes lo representaran en sus mentes para un plazo prolongado de tiempo respecto de un vehículo cuya duración normal es más bien perentoria. Si los compradores debían devolver el camión a los vendedores por el precio oficial del momento, les supondría la ruina del negocio, por cuanto que el valor del camión en su empresa representaba un valor sensiblemente superior al oficial, incluso del mercado negro, por lo que se hacía incluso contrario a la buena fe que los compradores hubieran de verse vinculados por el pacto de retroventa.

Para Larenz es dudoso que en este caso se pueda hablar de desaparición de la base del negocio. El punto esencial de la cuestión vendría dado porque resultaba evidente que las partes no se habían figurado en 1940 –cuando suscriben su contrato– que el precio oficial del camión no equivaldría en 1946 a su valor real, en razón a las circunstancias anormales económicas derivadas de la guerra; pero que las partes no tuvieran esa representación (de que el precio oficial en 1946 no equivaldría al real), de la no equiparación de valores debida al cambio de circunstancias, no significa que tuvieran una representación sobre la existencia o posible aparición de tales circunstancias y que sobre esa representación construyeran su negocio jurídico.

No es suficiente –para Larenz– que la representación mental alcance a que las circunstancias permanezcan invariables, porque si así fuera, todos los contratos concluidos antes de trastornos económicos graves imprevistos (como grandes crisis o guerras), podrían considerarse carentes de base del negocio. Y tampoco puede pretenderse que la representación mental sea positiva y alcance a que se tenga una esperanza de que las circunstancias vayan a permanecer invariables, porque nadie piensa que la estructura social no pueda variar. Y, sin embargo, la teoría de Oertmann exige una representación realmente de este tipo, por lo que, para Larenz, la teoría de Oertmann no puede racionalmente formularse.

Otro ejemplo que nos pone Larenz es el caso que resuelve el Tribunal de primera instancia de Osnabrück, ante el que se plantea el problema de una hipoteca constituida en 1940 en garantía del pago del precio aplazado por la compraventa de un inmueble, en la que se establece para este precio aplazado un tipo de interés del 5%, que podía elevarse al 7%. El problema surge cuando como consecuencia de la guerra es destruido el inmueble por la aviación. El juzgado de primera instancia estima la reclamación de esos intereses por el demandante (vendedor y acreedor hipotecario); el tribunal de primera instancia desestima el recurso y declara que el contrato permite saber que los contratantes han partido de circunstancias económicas casi invariables; que la desaparición de la base del negocio no puede depender solamente de la destrucción del inmueble.

Para el jurista alemán, en este caso también lo ocurrido se sale de la base del negocio, pues –nos dice–, para la opinión más aceptada la base del negocio son “las representaciones sobre la existencia y permanencia de ciertas circunstancias fundamentales, las cuales, sin haber llegado a formar parte del contrato, han sido

hechas base del negocio, bien por ambos contratantes, bien por uno solo, sabiéndolo el otro y no rechazándolo, a cuyo efecto no deben tomarse en cuenta las variaciones previstas o previsibles”. Y en este caso, cuando contratan las partes en 1940 sabían o debían prever peligros y daños bélicos, máxime por la situación estratégica de esta ciudad de Osnabrück, pero la destrucción no fue por ataques bélicos aislados, sino consecuencia de una devastación inconcebible y una ruina absoluta (material y económica) del país, lo que era imposible haber previsto, pues llegó a superar todas las posibilidades razonables de representación; por tanto, puesto que la base del negocio se funda en la existencia de determinadas representaciones, la variación de las circunstancias en este caso no están dentro de esos límites de la base del negocio, porque no podían las partes haber tenido razonablemente representación remota alguna de consecuencias tan devastadoras, y, en consecuencia, tampoco aquí sería posible la aplicación de esta teoría de la base del negocio.

El caso así planteado, no solamente es que por no haber tenido las partes una representación positiva de tan graves consecuencias debamos considerar que no se daría el supuesto de la desaparición de la base del negocio (como argumenta el propio tribunal y también Larenz), sino que –según entendemos nosotros- estamos ante dos negocios jurídicos distintos: un negocio jurídico es la compraventa del inmueble en el que se conviene que el precio se pague de manera aplazada, con un determinado tipo de interés; y otro negocio jurídico es la constitución de la garantía de pago de ese precio que se constituye mediante hipoteca sobre el inmueble.

En la base del negocio jurídico de la compraventa no cabe representación alguna razonable, ni positiva, ni negativa de que para la supervivencia del contrato hubiera de permanecer el inmueble a salvo de las consecuencias de la guerra, que a nadie escapa razonablemente incluso que pudieran ser devastadoras, si no del alcance realmente producido, al menos para este exclusivo inmueble. La obligación de pago de la deuda –del precio- es ajena a que el inmueble se salve o no de los destrozos de una guerra.

Y en la base del negocio jurídico de constitución de la garantía del pago del precio, y de su interés, mediante hipoteca sobre el inmueble, sí que se evidencia que la supervivencia del inmueble esté razonablemente en la representación de ambas partes contratantes de la hipoteca, por cuanto que si desaparece el inmueble, desaparece la garantía, pero no la deuda.

En consecuencia, en el caso a que nos referimos del Tribunal de Osnabrück se habría dado una desaparición de la base del negocio para el contrato de constitución de la hipoteca, pero no para el contrato de compraventa, en el que persistiría la obligación del pago del precio adeudado en la forma convenida de aplazamiento e intereses.

Sin embargo, a lo que se refiere el caso en cuestión es a si debe el precio al tipo de interés del 5% o al tipo del 7%, incrementado así llevadas las partes por la representación de que el inmueble producía y produciría en el futuro rendimientos muy elevados, por lo que el comprador podía pagar este tipo de interés más elevado (al 7%) sin esfuerzo. En este caso –según Larenz- habrían tenido ambas partes la representación y esperanza de ese mejor rendimiento de las rentas del inmueble y lo habrían tomado como base de la obligación del tipo de interés al 7%, por lo que, desaparecido el inmueble, y con ello toda su rentabilidad, habría desaparecido aquella base del negocio y, con ello, el interés del 7%.

Otro caso es el resuelto por el Tribunal de apelación de Stuttgart, y sobre el que Larenz pone en verdadera duda que se tratase de la desaparición de la base del negocio, fue el siguiente: la demandante había de fabricar durante la guerra marcos de madera para la demandada, conforme a sus pedidos, y colocar en los marcos unos aparatos eléctricos que a tal finalidad le eran entregados por la demandada; y ésta entregaba los marcos con estos aparatos al ejército, de quien cobraba hasta la derrota y suspensión de pagos por el Reich. El tema litigioso se refería a la aceptación y pago de los marcos enviados por la demandante a la demandada en marzo de 1945 y que no llegaron a poder de la misma hasta el mes de octubre, así como sobre el pago de los marcos de madera ya fabricados por la demandante, en los que no se habían colocado los aparatos eléctricos porque no le habían sido entregados por la demandada para su colocación.

El tribunal declaró que no podía ignorarse que la aceptación y pago por el Reich de los marcos con los aparatos eléctricos instalados, como consecuencia de la derrota y suspensión de pagos del Reich, habían afectado a la base de los negocios que ligaban a ambas partes...; tampoco cabía la duda que el hecho de que los utensilios se destinaban al ejército era conocido por ambas partes a la conclusión del contrato...; tampoco cabía duda que la aceptación por el ejército constituía para la demandada la base del contrato...; ni tampoco podía negarse que la demandante conocía esa representación de la demandada. Por tanto, de ello deduce el tribunal que la buena fe exige liberar a la demandada de aquellos contratos ya concluidos que la demandante no había comenzado a ejecutar, pero no de aquellos contratos que había comenzado a ejecutar y para cuya ejecución ya se habían hecho gastos.

Para Larenz, si el tribunal parte de la teoría de Oertmann, la pregunta que debió hacerse es la siguiente: ¿fue “base de la voluntad negocial” la representación de la demandada, conocida y no rechazada por la demandante, de que los aparatos de medición por ella encargados serían aceptados y pagados por el ejército? Larenz considera que debe contestarse sin vacilación de forma afirmativa: la base de la voluntad negocial fue la representación de la demandada, conocida y no rechazada por la demandante, de que los aparatos los encargaba, aceptaba y pagaba a la demandada el ejército. Por tanto, según Larenz, en este caso, y por cuanto que el tribunal aplica la teoría de la base del negocio de Oertmann, hubiera debido

reconocer como fundada la objeción de la desaparición de la base del negocio y desestimar la demanda.

Una opinión distinta le dio al caso Wilhelm Weber, según Larenz: si la aceptación y pago por el Reich de los utensilios que se le entregaban tuviese que ser la base del negocio, las partes deberían haber tenido la representación de que el Reich, con la pérdida de la guerra, no estaría imposibilitado de pagar total o parcialmente los utensilios; o bien, si esta representación era solo de una de las partes, debía ser conocida y no rechazada por la otra; pero ¿quién se hubiera atrevido durante la guerra a pensar y manifestar a la otra parte su representación de una derrota del Reich y su suspensión de pagos? En todo caso, Larenz opone a Weber que incurre en un error: el creer que las partes debieron incluir en sus representaciones como circunstancias la pérdida de la guerra y hundimiento del Reich, que han provocado la no realización de aquella esperanza y base del negocio (aceptación y pago de las entregas por el ejército).

En todo caso, reconoce Larenz que, según la teoría de Oertmann, debe admitirse – y sin embargo no sería justo- la liberación del contrato de aquel que encarga productos elaborados o semielaborados a un fabricante cuando la esperanza de poder entregar las mercancías a un determinado cliente haya sido la base del negocio, conocida y no rechazada por el fabricante, cuando el cliente, sea quien sea, no puede recogerlas y pagarlas por acontecimientos imprevisibles. Y no sería justo porque introduciría –constata Larenz- en numerosos contratos de obra a largo plazo un intolerable factor de inseguridad que impondría al fabricante un riesgo demasiado grande.

En nuestra opinión, también en este supuesto se trata de dos negocios jurídicos distintos, y no uno solo, por lo que la base de uno no es la misma para el otro. No es la misma base negocial en ambos contratos. Si yo, con negocio en Barcelona encargo a un fabricante de zapatos de Alicante que cada mes realice y me entregue una determinada cantidad de zapatos, y el fabricante sabe que yo me dedico a la exportación, y que los exporto a una distribuidora de Noruega..., tendremos dos contratos distintos y dos negocios jurídicos distintos: uno, de fabricación, el suscrito por mí con el fabricante de zapatos; y otro, de exportación, el suscrito por mí con la distribuidora de Noruega.

La base del negocio, que según Oertmann estaría en la representación sobre la existencia y permanencia de circunstancias fundamentales que sin llegar a formar parte del contrato se constituyen en base del negocio, bien por ambos contratantes, bien por uno sabiéndolo el otro y no rechazándolo, a cuyo efecto no deben tomarse en cuenta las variaciones previstas o previsibles, serían distintas en uno y otro contrato, y la desaparición de la base del negocio en uno de los contratos no le afecta al otro, en cuanto a la vinculación de las partes, sin que la repercusión que nadie duda producirá tenga que solventarse con ninguna teoría de riesgos,

sino simplemente con la permanencia de la vinculación, por cuanto que no desaparece la base del negocio de ese contrato en cuestión.

A la teoría de Oertmann opone Larenz que es muy amplia y al mismo tiempo muy limitada: (i) si se aplica íntegramente, debe admitirse la desaparición de la base del negocio en numerosos casos en los que se ha logrado el propósito de utilización del cliente, que el fabricante o el proveedor nunca hizo suyo, aunque le fuera comunicado; sin embargo –considera Larenz-, cada parte debe soportar el riesgo de la frustración de su particular propósito subjetivo, y la fórmula de Oertmann no responde a este reparto del riesgo. (ii) y por otra parte, la teoría de la base del negocio de Oertmann se ocupa de lo que las partes se han representado, no de lo que es necesario objetivamente para la consecución de la finalidad contractual común a ambas, por lo que resulta también muy limitada.

La conclusión de Larenz es que la teoría de Oertmann no señala de modo satisfactorio cuáles son las circunstancias que pueden estimarse como “base” de un contrato, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada. Necesita, por una parte, restringir y limitar circunstancias de esa representación mental que da lugar a la base del negocio, a fin de evitar intolerables factores de inseguridad; y, por otra, recoger o complementar esa representación mental de la base del negocio con circunstancias relativas a criterios distintos de los psicológicos.

En el contrato, Larenz nos propone distinguir la base subjetiva del negocio jurídico y la base objetiva.

Por la base subjetiva del negocio entiende Larenz aquella común representación mental de los contratantes (aquello que esperan ambos contratantes) por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato, pero no a una parte, sino a ambas partes. Ha de tratarse de una representación mental o una expectativa común a ambas partes contratantes, y no es suficiente la representación o expectativa individual de cualquiera de ellos, aunque la otra parte la conozca y no la rechaza expresamente. Si no es una representación común a ambas partes, es que cada parte ha incurrido en un error en los motivos, lo que se refiere a una situación de hecho que aunque sea admitida por ambas partes no es más que una mera presuposición común.

Hay casos prácticos de falta de la base subjetiva del negocio que nos propone como ejemplos: cuando ambas partes en la compraventa de un anillo con un diamante creen que en realidad es un diamante, y después no lo es, o que un cuadro es original, y después no lo es..., por regla general, de haber conocido el vendedor de buena fe la verdadera realidad, no hubiera concluido la compraventa tal cual la hizo. Por tanto, ambas partes han incurrido en un error recíproco en los que Larenz considera que falta la base del negocio en sentido subjetivo. Sin embargo, la compraventa sigue siendo válida y el comprador no puede invocar la

desaparición de la base del negocio porque los preceptos legales excluyen el error en la cualidad y también se excluye el recíproco error sobre una presuposición (base del negocio en sentido subjetivo).

Y mayor importancia práctica tiene aún la falta de la base del negocio en sentido subjetivo cuando no se trata de cualidades de la cosa en la compraventa, sino de otras circunstancias fundamentales para la voluntad de las partes, como es el caso de los rublos tan comentado en la literatura jurídica: el demandante había prestado en Moscú al demandado 30.000 rublos en 1920 para que dejara el cautiverio y volviera a Alemania; ambos creían que el rublo estaba entonces a una determinada cotización respecto al marco y en base a esa cotización extendió el deudor un recibo –con obligación de su devolución- por importe de 7.500 marcos. Llegado el momento, el demandado ofreció pagar 300 marcos y el demandante exigió 7.500 marcos. El Tribunal supremo del Reich rechazó la demanda y sostuvo que la declaración del demandado había exteriorizado de manera plenamente cognoscible para el demandante su voluntad de convertir la suma prestada de rublos en su equivalente en moneda alemana en aquel momento en que se le entregó y firmó la deuda. El error que aquí se había dado no era de un simple motivo, sino que ambas partes habían admitido una situación de hecho (que la cotización del rublo era 4:1), por la que se habían dejado guiar al fijar el contenido del contrato y, por tanto, debía considerarse como un error sobre el contenido de la declaración que había afectado a la base del negocio, por lo que el demandado podía impugnar su declaración.

La base objetiva del negocio jurídico vendría constituida por un conjunto de circunstancias y un estado general de cosas cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda seguir teniendo sus efectos; es decir, cada circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato –conforme al significado de las intenciones de ambas partes- pueda mantenerse como una regulación con sentido.

Esta base objetiva del negocio desaparece en dos supuestos: (i) cuando se destruye la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación de tal manera y de manera tan absoluta que, razonablemente, no puede hablarse de contraprestación y el contrato pierde su sentido; y (ii) cuando resulta imposible conseguir el fin o finalidad del contrato, cuando se frustra y no se puede alcanzar esa finalidad común y objetiva del contrato; la prestación es posible, pero no puede realizarse el resultado esperado, y, en consecuencia, la prestación no tiene ahora “fin u objeto”

En esta idea relativa al primer supuesto (destrucción de la relación de equivalencia de las prestaciones) se basó una Sentencia del Tribunal Supremo del Reich de 1888. El demandante había comprado en abril de 1887 aguardiente de remolacha, que debía entregársele por la vendedora desde agosto hasta octubre; la vendedora le ofrece la entrega de octubre en barriles precintados por el fisco, porque el 1 de agosto de 1887 había entrado en vigor una ley que gravaba el aguardiente con un

impuesto muy elevado. La demandante consideró que esta oferta no se ajustaba a lo pactado y se abasteció por otro conducto, reclamando a la vendedora los daños y perjuicios.

El Tribunal no admitió la demanda por considerar que se daba el supuesto de hecho del § 378, I, 5 del Derecho territorial general prusiano de aplicación al caso, que establecía que podía cada parte desistir del contrato cuando la finalidad última de ambas partes resultante de la naturaleza del negocio no pudiera alcanzarse a consecuencia de una imprevista transformación de las circunstancias. El vendedor, en este caso, no conseguía ya una contraprestación equivalente si hubiera tenido que pagar el impuesto, que era mayor que el precio convenido; por tanto, la modificación de la relación de equivalencia es tal que hace imposible la consecución de la finalidad última y común del contrato: intercambio de prestaciones aproximadamente equivalentes.

Sin embargo, así lo resolvió el tribunal por contar con el amparo de esa disposición legal, porque el mismo año y en un caso idéntico resolvió lo contrario, porque no era de aplicación el Derecho prusiano, sino el común, pero poco a poco y con el aumento de la inflación fue iniciando la modificación de su doctrina, como es el caso del arrendamiento a largo plazo de unos locales de negocio en que el arrendador se obligaba también a suministrarle al arrendatario vapor de agua para la industria, incluyendo en la renta también esta prestación, hasta que llegó un momento en que el carbón necesario para la producción del vapor había alcanzado casi el décuplo de la anualidad de la renta. La sentencia estimó la demanda del arrendador reclamando una suma adicional y los principios de su argumentación fueron los que se irían después imponiendo: la desproporción intolerable entre prestación y contraprestación y destrucción de su equivalencia.

Y tras su análisis jurisprudencial concluye Larenz su tesis en que la transformación de las circunstancias existentes al tiempo de la conclusión del contrato sólo podían considerarse que hacían desaparecer la base del negocio en caso de que:

(i) ambas partes contratantes hubieran celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ambas (base del negocio subjetiva); si falta o desaparece esta base del negocio subjetiva, el contrato o la disposición contractual en cuestión resulta, por regla general, ineficaz, y en algunos casos (de ordinario en los contratos sobre alimentos), sujeto a una modificación acorde a la equidad;

(ii) cuando la subsistencia de estas circunstancias fuera necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva); y desaparece esta base del negocio objetiva cuando se destruye la relación de equivalencia (en cuyo caso la parte perjudicada, si no ha realizado la prestación, puede negarse a hacerlo, en tanto que la otra parte no consienta una

restauración de la equivalencia; y si ya la ha realizado la prestación, podrá reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte), o cuando se frustra la finalidad del contrato (en cuyo caso el acreedor de la prestación que deviene inútil puede rechazarla y negarse a realizar la suya en tanto que sobrepase los gastos que la otra parte ha realizado para la preparación y ejecución del contrato y que podían considerarse indispensables).

Y no habrán de tenerse en cuenta las transformaciones de las circunstancias que: (i) sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada, en cuyo caso opera como límite la fuerza mayor; (ii) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse las mismas, en mora (*solvendi* o *accipiendi*); y (iii) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato⁸⁹.

d) Otras teorías

En busca del fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* se han dado también otras teorías, todas ellas en busca de dar con la solución acertada a los problemas planteados por el cambio de circunstancias en los efectos de la relación contractual, sobre todo con los muchísimos casos que aparecen tras la Segunda Guerra mundial, todos ellos necesitados de solución justa. Enunciaremos algunas de ellas⁹⁰.

Kruchmann tratará de reinstaurar la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, a la que califica de ficción y formula su propia teoría siguiendo los principios del derogado Derecho alemán del Landrecht prusiano con lo que denomina un equilibrio de intereses. Sus conclusiones vienen del análisis de los casos que caían dentro del problema de la alteración grave de las circunstancias, que agrupa en tres categorías: cuando se produce una grave incertidumbre en cuanto a la contraprestación, cuando resulta una imposibilidad en cuanto al ejercicio del derecho, y cuando la prestación se hace agobiadora; y en todas ellas encuentra que, siendo posibles las prestaciones, sin embargo sería ir contra la *bona fides* exigir las porque sería imponer al deudor un sacrificio exorbitante.

⁸⁹ KARL LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. cit. p. 211-212.

⁹⁰ Para las demás –y para estas mismas que se citan– pueden consultarse los trabajos, entre otros, de RAMÓN BADENES GASSET (El riesgo imprevisible. Influencia de la alteración de las obligaciones en la relación obligacional. Bosch, 1946; pp. 65 y siguientes), de EMILIO ATTARD ALONSO (En torno a la cláusula “*rebus sic stantibus*”. El abuso de derecho en la nueva Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos. Separata de Propiedad y Construcción. Revista técnico-informativa de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana. Valencia, 1961).

La alteración de las circunstancias produciría en el negocio jurídico la ruptura de la ecuación prestación-contraprestación, el sinalagma, y en los contratos sinalagmáticos debe prevalecer –según esta teoría- el principio de la igualdad de contraprestaciones, su equivalencia, un equilibrio de intereses, que en tales casos, cuando se produce esa ruptura del sinalagma como consecuencia de esa alteración de las circunstancias, se lograría reconociendo a la parte lesionada un derecho de indemnización por los daños que le hubiera producido el confiar en la efectividad inalterable del negocio jurídico.

En nuestra doctrina patria, Mario Díaz Cruz⁹¹ desarrolla la teoría, anteriormente formulada por Titze, de equiparar el problema planteado al de la imposibilidad física de cumplir la prestación; equipara la imposibilidad económica derivada de la inestabilidad de las relaciones contractuales a la fuerza mayor, y acomoda sus circunstancias a lo establecido en el art. 1105 CC, y así, por el portillo del caso fortuito, utiliza la cláusula *rebus sic stantibus*.

Se oponen a esta concepción, y la rechazan, varios autores. Villar Palasi⁹² considera que no puede encontrar apoyo en el art. 1105 CC por cuanto que la imposibilidad de la prestación normalmente en el caso de grave alteración del equilibrio no es absoluta, sino meramente onerosa o con desequilibrio económico, por muy fuerte que éste sea; y, por otra parte, la fuerza mayor requiere absoluta imprevisibilidad y, por el contrario, la grave alteración del equilibrio es normalmente previsible y el no incluirla como condición expresamente en el negocio jurídico obedece a falta de previsión. Castán Tobeñas⁹³ comenta la STS de 5 de enero de 1923, que niega la equiparación a fuerza mayor, dándole la razón porque la fuerza mayor supone un acontecimiento que impida el cumplimiento de la prestación, y, sin embargo, el aumento de coste de los elementos de fabricación, no impide materialmente la ejecución de su suministro, aunque lo haga más difícil y más costoso para el fabricante, pudiendo incluso llegar a privarle de toda ganancia o aún infligirle una importante pérdida.

La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, expuesta por Maurice Hauriou⁹⁴, rechaza los argumentos seguidos por quienes fundamentan la eficacia

⁹¹ DÍAZ CRUZ, M. La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. II, núm. 179; 1946, pp., 530 a 553.

⁹² VILLAR PALASÍ, J.L. Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en un supuesto de expropiación forzosa. Anuario de Derecho Civil. T. I, año 1948, pp. 543 y siguientes.

⁹³ CASTÁN TOBEÑAS, J. Comentarios a la Jurisprudencia Civil y Mercantil del Tribunal Supremo. Revista de Derecho Privado. T. X, año 1923, pp. 365 y siguientes.

⁹⁴ MAURICE HAURIOU. La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales. Revista de Derecho Privado. T. XIII, año 1926; pp. 1 a 13.

de la cláusula *rebus sic stantibus*, y se basa en la jurisprudencia administrativa francesa elaborada por el Consejo de Estado francés tras la Guerra de 1914 en contratos de servicio público, tratando de aplicar un principio de justicia distributiva. Considera que se ha de distinguir entre riesgo previsible y riesgo imprevisible; el primero cada uno debe soportarlo y el imprevisible se declara común a las dos partes y se distribuye entre ellas, mediante un coeficiente de reparto, para que no sufra el servicio público. Y esta doctrina que se aplica a las relaciones administrativas, considera que debe servir también para las relaciones de Derecho privado.

Otros justifican el fundamento de esta necesaria equidad en base a la lesión que sobreviene y sufre una de las partes que no debía correr ese riesgo, o en base a una desaparición o reducción de la causa de la prestación devenida excesivamente onerosa, o un enriquecimiento injusto para una de las partes, o un abuso de derecho para quien se oponga a la reconstrucción de la relación contractual, o la buena fe, o la fuerza mayor... Todos estos conceptos vendrían a ser el fundamento o la razón que justifica la norma positiva que admite esa readaptación del contrato ante la alteración de las circunstancias, así como la doctrina jurisprudencial que, ante el silencio legal, sin norma positiva como fuente del derecho, entiende que debe el contrato readaptarse.

3. Construcción jurisprudencial en el Derecho español de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Lo que se pretende con esta cláusula, ya es sabido que se trata de solucionar con ella aquellos supuestos en que la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de contratar es de tal envergadura que debe permitirse eludir el principio de vinculación de las partes al contrato. Y los argumentos de la doctrina científica para sostener la aplicación de la misma son dos⁹⁵: entenderla sobreentendida en todos los contratos porque con sujeción a ella, como condición implícita, se sujeta la voluntad de los contratantes, o bien que incurre en error, como vicio del consentimiento, quien contrata sin salvar esas circunstancias.

Contra la primera argumentación se ha opuesto también por la doctrina el carácter ficticio de esa presunción y, en su caso, la carencia en ésta de los requisitos que para tal presunción, al no venir establecida por la ley, exigía el art. 1253 CC⁹⁶, de que es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Y

⁹⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio jurídico*. cit. pp. 316-317.

⁹⁶ Derogado por ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que traslada su contenido al art. 386.1 de este texto rituario.

contra la consideración de que la variación de las circunstancias suponga un error de vicio en el consentimiento, se ha opuesto también que, como tal, se entiende generalmente el error que existe al otorgamiento o perfección del contrato, no al que pueda sobrevenir en el futuro.

Para Federico de Castro⁹⁷, el elemento del negocio jurídico donde está la posible justificación de esta cláusula implícita era lo que llamaba “causa concreta” o “propósito concreto presunto”, que no es la causa en el sentido de tipo del negocio, sino de “aquel propósito práctico, conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio”, lo que se comprende más fácilmente si tomamos en cuenta las relaciones contractuales duraderas (las de tracto sucesivo y dependencia de futuro) y onerosas, como, por ejemplo, el arrendamiento de cosas o de servicios, en que se van pagando las rentas o los honorarios por el uso o goce continuado de la cosa o de la prestación de los servicios, y en cuya relación contractual así establecida podemos preguntarnos si pierden su originario carácter vinculante estos contratos en el caso de que, por circunstancias imprevistas, se pierda la finalidad del arrendamiento, pero no respondernos con lo que hubieran querido cada una de las mismas, desde su esfera subjetiva, porque que sería lo mismo que abandonar el contrato a las “hipótesis y suposiciones adivinatorias”, sino que debemos darnos la respuesta que sea la adecuada a la naturaleza del contrato. Si un contrato es oneroso, no puede llegar a originar las consecuencias de un contrato gratuito o aleatorio. Por tanto –y para este autor-, “el remedio de la cláusula se reduce a tener también en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación contractual”.

Precisamente por la posibilidad de que la cláusula pueda ser entendida desde la esfera subjetiva de cualquiera de ambas partes contratantes y su consecuente exposición a suposiciones adivinatorias y riesgo de quebranto del principio de seguridad jurídica, al dejar al albur de esas suposiciones la vinculación de las partes al contrato, es por lo que de antaño ya el Tribunal Supremo ha tachado a esta cláusula de “peligrosa” y la rechazara en un principio, aunque luego la admita como posible por su construcción teórica, pero de muy difícil aplicación, considerando normalmente en sus argumentaciones la ausencia de los requisitos que permiten su entrada en nuestro ordenamiento.

a) Formulación tradicional y actual de la cláusula por el Tribunal Supremo: síntesis.

⁹⁷ F. DE CASTRO. *El Negocio jurídico*, Civitas, 2002.

De nuestra doctrina jurisprudencial medieval ya hemos reseñado anteriormente el caso de las sentencias de 31 de enero de 1600 y 1 de julio de 1601, sobre el contrato que en 1566 habían suscrito la Universidad de Tortosa y la Cofradía de pescadores de esa misma ciudad, y en que la prestación de ésta (determinadas cantidades de trigo y aceite) devino con el transcurso de los años en exageradamente desproporcionada en relación a la contraprestación de la Universidad para con la Cofradía, por lo que el tribunal reordena y reestructura el contrato restableciendo la equivalencia de las respectivas prestaciones.

La **STS de 4 de junio de 1902**⁹⁸ argumenta en sus considerandos que la fuerza mayor en materia contractual exige que el hecho generador sea imprevisto o inevitable para que sea causa obstativa al cumplimiento de la obligación, por lo que al haberse acreditado que la guerra de los EEUU no impidió a la razón social EA entregar a BR los rollos de algodón hilado en la cantidad y plazos convenidos, puesto que durante el período de la guerra hubo siempre en la plaza de Barcelona una existencia considerable de algodón, que durante el mismo período siguieron trabajando las fábricas y que el único desequilibrio que se produjo fue debido al aumento considerable de los precios de la materia prima, resultaba indudable que no se trataba de un evento de fuerza mayor, sino que tan sólo un elemento aleatorio que acompaña por lo regular a todos los contratos mercantiles, por lo que desestima el recurso al entender no infringido el art. 57⁹⁹ CCo denunciado.

En la **STS de 14 de diciembre de 1940** (RJ 1940, 1135), se somete a su consideración las sentencias de instancia que condenaban a los demandados a que, en cumplimiento del contrato, pusieran a disposición de la mercantil actora el mineral que se determinaba y la producción total de las minas propiedad de los demandados, en los términos establecidos en el contrato.

Los demandados (propietarios de la mina) se habían obligado por el contrato de autos a entregar a la mercantil actora el resto de la producción del mineral sobre las 50.000 toneladas de mínimo que se comprometía adquirir; es decir, la mercantil se había comprometido a adquirir como mínimo una determinada cantidad de mineral (50.000 toneladas), y el resto también habían los demandados de entregárselo –por el precio convenido– como compensación de aquella obligación de adquisición como mínimo.

Y el precio lo pactan las partes fijo e inalterable en 18 pesetas/tonelada para ese mínimo de 50.000 toneladas de mineral que se obligaba a adquirir la mercantil actora; para el resto no lo señalan como fijo e inalterable.

⁹⁸ Colección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. 93, pp. 900 y ss.

⁹⁹ Art. 57 CCo. Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados...

La mercantil exige a los demandados la producción del mineral en los términos convenidos en el contrato, y los demandados, al haberse alterado el precio de mercado del mineral, oponen –entre otros motivos de su recurso-, en primer lugar, que la causa del contrato discutido ha fallado en el proceso de consumación del mismo...; y frente a ello responde el Tribunal que la Sala sentenciadora había estimado la existencia –en el momento de su perfección- de la causa del contrato, así como la causa de las obligaciones que del mismo dimanaban, por lo que, al no impugnar esta circunstancia en casación, lo que no puede impugnarse es que la causa inicialmente existente haya sobrevenido después inexistente...

“no puede invocarse la inexistencia de causa como sobrevenida con posterioridad, porque siendo la causa, en la concepción de nuestro Código Civil, uno de los elementos constitutivos del contrato, necesarios para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese momento creador del vínculo, y la prolongación de la teoría de la causa, más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otras figuras jurídicas más o menos relacionadas con aquélla, pero que la desplazan de sus términos legales estrictos, aun cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica, no encuentra apoyo alguno en nuestra Ley Civil vigente”.

Se está refiriendo el Tribunal a la doctrina, representada, entre otros, por Henri Capitant¹⁰⁰, Raymond Célíce¹⁰¹ y Rafael Núñez Lagos¹⁰², que parten de la antigua doctrina causalista¹⁰³, a la que consideran una construcción filosófica, por lo que proclaman la necesidad de introducirse en el campo de los motivos, ya que, aunque una de las partes contratantes intervenga por un motivo de orden exclusivamente subjetivo o psicológico, sin embargo, será el motivo que coincida con el de la otra parte contratante el que determinará su categoría como fin objetivo y su consideración para la propia declaración de voluntad, ya se manifieste de manera expresa o deba entenderse implícito tácitamente.

¹⁰⁰ HENRI CAPITANT. “De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)”. Paris, 1927. Librerie Dalloz.

¹⁰¹ RAYMOND CÉLICE. “El error en los contratos”. Ed. Góngora. Madrid, 1930.

¹⁰² RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. “El enriquecimiento sin causa en el derecho español” Reus, 1934.

¹⁰³ Que suponía a la causa del contrato como cosa totalmente distinta del motivo del contrato, siendo aquélla el fin inmediato que se propone alcanzar el contratante por el hecho de obligarse (*cur se obligavit*), lo que pertenece al aspecto extrínseco del negocio contractual, y que será encuadrado en cualquiera de los tipos conocidos (onerosos, remuneratorios, de beneficencia, que es lo que constituye su causa final, igual en todos los del mismo grupo); y siendo el motivo la razón por la que un contratante contrata (*cur contraxit*), lo que pertenece a la esfera interior y de carácter, por tanto, variable.

Y este motivo así objetivado por su yuxtaposición en la voluntad de ambas partes contratantes será el que adquiera –para esta doctrina- la categoría de causa del contrato.

Pero alguno de estos autores iba aún más allá y no limitaba la causa del contrato así entendida exclusivamente al momento de creación del vínculo contractual, sino que la extendía también a todo el período de su ejecución como si fuera un puntal o sustentáculo de la obligación misma, de manera que si la causa así entendida desaparecía en algún momento de este período de ejecución, también hacía desaparecer la propia obligación.

Evidentemente, si esto era así que la causa así entendida debía mantenerse no solamente en el momento de perfección del contrato, sino también durante su ejecución o consumación, esto supondría una aplicación indirecta de la cláusula *rebus sic stantibus*; pero no acepta el Tribunal esta prolongación de la teoría de la causa a períodos posteriores a la perfección del contrato.

Quizás –aunque no se diga-, no acepte el Tribunal esa prolongación no solo porque la construcción jurídica de la causa en nuestro ordenamiento venga bien precisada en los arts. 1261 y 1274¹⁰⁴ CC, como requisito esencial para la creación del vínculo contractual que agota su contenido una vez cumplida su misión, sino también porque prolongar esa eficacia de la causa del contrato más allá del momento de su perfección se considere que es confundir ésta –la perfección del contrato-, con la consumación, y tener en una incertidumbre permanente el resultado del contrato (como así, ciertamente, reflexionamos nosotros).

Los demandados también invocan en su recurso, en segundo lugar, la procedencia de aplicación al caso de la “cláusula *rebus sic stantibus*”, a cuya aplicación opone el Tribunal Supremo los siguientes argumentos: parte el Tribunal de la consideración de que “al pactar expresamente los contratantes un precio fijo o inalterable para las 50000 toneladas de mineral que la Sociedad demandante se obligaba a adquirir, su propósito no pudo ser otro que evitar precisamente las variaciones del precio que pudieran fundarse en las circunstancias sobrevinientes”; y, a continuación, en el considerando siguiente argumenta:

- que la teoría jurídica que supone implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, es “tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa”;
- que “no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español;

¹⁰⁴ “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor” (art. 1274 CC).

- que en nuestro Derecho se pueden registrar, “con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella”;
- y que, aunque se admitiera y se tuviera por eficaz, “carecería de base suficiente en el caso de autos”, porque (y aquí es donde dibuja los requisitos para su aplicación), en el caso de autos:
 - (i) “la alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias, no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio”,
 - (ii) “ni cae dentro de lo totalmente imprevisible”,
 - (iii) “ni se ha demostrado que por tal cambio de circunstancias la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato” (y esto último porque, aunque el cambio de circunstancias –en el precio del mineral- puede perjudicarle a los demandados en cuanto a la venta de ese mínimo de 50.000 toneladas de mineral que la compradora se obligaba a adquirir por ese precio fijo de 18 pesetas/tonelada, en cuanto al resto del mineral que sobrepasa ese mínimo –que aparecía acreditado podía calcularse en más de dos terceras partes de la producción- no regía ese precio fijo e inalterable y le favorecía a los demandados).

Con independencia de que, en realidad, en el caso de autos ciertamente no se dan los supuestos de hecho relevantes para la aplicación de esta cláusula, con el objeto de analizar cuáles sean los requisitos que acaba exigiendo nuestra jurisprudencia para su aplicación, vamos a repetir y subrayar los datos de interés y requisitos que se señalan en esta sentencia:

- en primer lugar, considerar que, aunque haya en nuestro ordenamiento algunos atisbos de esta cláusula, no está positivada;
- que se trata de una cláusula que puede ser equitativa, pero que debe aplicarse con mucha cautela;
- que para su aplicación se exige:
 - (i) un cambio de circunstancias –por lo tanto, circunstancias sobrevenidas a la formulación del contrato- (ii) totalmente imprevisible; (iii) de dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio; (iv) y que hagan que el contrato sea de imposible cumplimiento (imposibilidad absoluta de cumplimiento) o equiparable a esa absoluta imposibilidad.

En la **STS de 5 de junio de 1945** (RJ 1945, 698), encontramos el siguiente,

“[C]onsiderando, en fin, que aunque esta Sala, principalmente en sus sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, ha señalado la conveniencia y no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente, la cláusula *rebus sic stantibus*, como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones si

lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente, circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido, en otro aspecto, que lo mismo en el Código Civil que en la legislación de emergencia, nacida por imposición de situaciones que la guerra y la revolución crearon, hay atisbos y aún aisladas aplicaciones de subrayar, sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva y anormal generalización de la doctrina pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante o atacarse sin sobrada razón la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron según la patente e inequívoca voluntad de las partes; posición ésta que conviene traer a capítulo, con aplicación singular al caso que está en litigio, porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esa legítima preocupación doctrinal, dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida, cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias, e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y aun así, las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado, no puede decirse que en casos como el de autos se haya producido un verdadero e imprescindible desequilibrio, pues aparte de que los peritos no determinaron, tal vez porque no les fuese posible, en qué medida afectó, a la plus valía del inmueble el plan de urbanización (que está en el álea normal del contrato) y otras circunstancias, que aun en la hipótesis de que fuesen estimables para ese fin, son tan contingentes y perecederas como una alza eventual de los precios por exceso transitorio de la demanda, no ha de olvidarse que la solución contraria conduciría el mismo desequilibrio, porque, de admitirse, al señor V., que durante un considerable lapso de tiempo había pechado con un buen número de obligaciones que ni la ley ni el uso le imponen, y que, en otro aspecto, había aceptado sin reservas prestación tan onerosa como la de adquirir el inmueble en el futuro, so pena de verse lanzado, por el sólo hecho de la resolución contractual del ámbito normal de sus actividades industriales, con riesgo previsible y más que probable de ver frustrado en provecho ajeno el esfuerzo hecho para desarrollarlas, se vería privado, sin razón bastante, de un derecho que, a costa de prestaciones no poco onerosas, había consolidado a través del tiempo, para hacerlo valer en su oportunidad; todo lo que muestra la imposibilidad de estimar el tercero de los motivos, que sobre la base del que llama principio general de derecho, no recogido, aún por la doctrina patria, pretende aplicarlo a una situación de facto, que aun en el caso de que aquél se hubiese acogido, no permitía cobijar a su amparo el supuesto concreto de hecho de que es obligado partir.”

En la **STS de 11 de junio de 1951** (RJ 1951, 1119) se considera que “en contratos de transporte como los de autos, a muy largo plazo, habría de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula *rebus sic stantibus*, que autoriza el acoplamiento

de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones...”

Es interesante la **STS de 3 de enero de 1953** (RJ 1953, 102), dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa en relación al problema de desvalorización de la moneda y la revalorización de la finca en un expediente de expropiación, en que se paga el justiprecio en 1945 cuando la finca se había expropiado en 1927, porque, partiendo de que son normas fundamentales en la contratación que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también al de todas sus consecuencias; que la validez de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; que incurren en mora sin necesidad de intimidación, los que retrasan el cumplimiento de las obligaciones que las leyes les imponen..., y partiendo de que fue notoria y extraordinaria la morosidad de la administración en cumplir la obligación de pago, considera que,

“es procedente por aplicación de la cláusula *“rebus sic stantibus”* (ya aceptada por este Tribunal Supremo como principio excepcional normativo, en sus sentencias de 12 de enero de 1923, 18 de marzo de 1929, 17 de mayo de 1941 y 5 de junio de 1945, acceder a la retasación de la finca objeto de expropiación, ya que en tales sentencias se sentó como doctrina (en la primera precisamente de esta misma Sala 3ª), “que todo contrato debe interpretarse en el sentido de mayor reciprocidad de las contraprestaciones, y que no podían conceptuarse iguales los billetes de los Bancos de emisión alemanes de 1913 equivalentes en aquel entonces a moneda oro, que los de la posguerra europea de 1915 a 1918 carentes de todo valor adquisitivo”, y en la citada del año 1941, se afirmó, que “a la mentada cláusula, aunque cautelosamente puede asignársela eficacia de producir revisión, resolución y hasta suspensión de los contratos, por acontecimientos sobrevenidos después de su celebración, concorde con el criterio mantenido en el Real Decreto, sentencia de 30 de marzo de 1880, en el que precisamente por excesos de transcurso de tiempo entre la justipreciación y el pago en un expediente por expropiación forzosa se acordó la retasación de la finca”.

En la **STS de 9 de noviembre de 1953** (RJ 1953, 2726), en un caso igual de prolongado retraso y dilación en un expediente de expropiación entre el momento de fijación del justiprecio y su pago, el Tribunal da fundamento a la cláusula *rebus sic stantibus* con soporte en que, de lo contrario, supondría “un enriquecimiento torticero a favor de la Administración, con un efectivo empobrecimiento de los expropiados...”

La **STS de 17 de mayo de 1957** (ROJ STS 127/1957) nos resume hasta su fecha la problemática y fundamentos de esta cláusula (a la que no da lugar en el caso de autos), con ocasión de enjuiciar un contrato mercantil de suministros de envases de hoja de lata que el demandado debía hacer al demandante y que había dejado

de cumplirse por el demandado, no obstante y reconocer su eficacia después de la Guerra española, cuando cesaron las consecuencias de la misma que habían imposibilitado su cumplimiento, pero que no lo seguían imposibilitando, sino que lo hicieron más gravoso.

En el segundo de sus considerandos, partiendo del supuesto de aplicación al caso de autos de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, nos confirma que se trata de una cláusula de,

“elaboración principalmente doctrinal, reconocida en distintas sentencias de esta Sala, pero nunca con la consecuencia obligada de la resolución del contrato y, en general, denegada su aplicación, siquiera reconozca la posibilidad de hacerlo sujetándose a ciertas condiciones”

En el tercero de sus considerandos nos pone de manifiesto que,

“el primer obstáculo que su aplicación encuentra en nuestra doctrina legal, de arraigada tradición, de la autonomía de la voluntad, significa con elocuencia indiscutible en la célebre ley del Ordenamiento de Alcalá, consagrada en el Código Civil, y sustentada en las legislaciones forales, a pesar de la doctrina de teólogos-juristas, que inspirados en sentimientos cristianos de justicia moral, no dejaron, en ciertos supuestos, de templar el rigor en el exacto, estricto, cumplimiento de lo convenido, con la aplicación de la equidad, pero bien se alcanza que el carácter excepcional del supuesto impone un gran rigor en la aplicación del principio, en aras del valor y eficacia de lo libremente estipulado, en servicio de la seguridad jurídica del público interés para el mantenimiento del orden social y también en el orden privado, que se base en la eficacia de las relaciones jurídicas que tienen a todos los ciudadanos para el disfrute de los bienes necesarios para el cumplimiento de su destino en esta vida.”

En el cuarto de sus considerandos se nos justifica la prudencia en su aplicación argumentando,

“que sea cualquiera las razones que de “*lege ferenda*” abonen la procedencia de dicha cláusula, es indudable que si por convenio no viene admitida, la falta de un expreso precepto legal que reconozca su efectividad, o de la cual pueda inducirse con claridad, imponen varias dificultades a su admisión, aunque no falten preceptos en que aparezca más o menos indicada su pertinencia, pero no puede menos de consignarse una observación en relación con las consecuencias desgraciadas de la Guerra de Liberación Española, de las cuales el ser objeto en determinados supuestos de una legislación de emergencia para remediar las que en ella no estén comprendidas, ya que en cierta manera esas disposiciones legales se inspiran en el cambio de circunstancia, esencia de la cláusula que nos ocupa, quedan en realidad excluidas..., por lo cual si no existen causas que hagan imposible el

cumplimiento, han de sujetarse a las consecuencias que se deriven de lo convenido, sin consideración a lo gravoso de las mismas, como efecto del “aleas” que entraña todo contrato de ejecución diferida, sobre todo si se celebró cuando aquéllas podían preverse...”

En el quinto considerando concluye:

“A), que la cláusula... no está legalmente reconocida;

“B), que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales;

“C), que es cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;

“D), que su admisión requiere como premisas fundamentales:

- a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
- b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y
- c) que todo ello acontezca por la sobrevenida (sic) de circunstancias radicalmente imprevisibles

“E), en cuanto a sus efectos, hasta el presente le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones

Los argumentos de esta STS de 17 de mayo de 1957, con citad de las SSTs de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698), se trasladarán a la actualidad por la STS 711/2013, de 27 de noviembre (RJ 2013, 7874), al acogerse a los argumentos de la STS de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023), que a su vez se remitía a los argumentos de aquéllas iniciales.

En la **STS de 21 de octubre de 1958** (ROJ STS 1543/1958) se da lugar a la aplicación de la cláusula en vista de las circunstancias y profundos cambios económicos sobrevenidos desde 1921 a 1951, de todo punto imprevisibles al concluirse el convenio de 1921, en el que se justipreciaban los bienes que integraban el usufructo en ese año por un importe de 21.989'50 pesetas, que no podía nunca responder al valor de los mismos en el año 1951, por lo que se justificaba plenamente la necesidad de modificar la prestación del usufructuario,

que pretendía en 1951 proceder a la liquidación del usufructo por el valor dado en 1921.

El Tribunal Supremo advierte el error cometido en la instancia por la Sala de la Audiencia Territorial de Cáceres al no tener en cuenta en su resolución el principio de equidad representado por la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y argumenta,

“que la revisión contractual, en virtud de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, con franca acogida en algunas legislaciones modernas en aquellos vínculos cumulativos de ejecución continua o periódica o simplemente diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser onerosa en exceso por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y siempre que la onerosidad sobrevenida no entre en el alea del pacto, no tiene por el momento la categoría de principio en el Derecho patrio, salvo casos especialísimos contemplados por el legislador, aunque se intenta ya por la doctrina científica apoyarla en algunas normas aisladas del Código Civil (arts. 1258 y 1289, especialmente), pues inspirado nuestro ordenamiento sustantivo en las ideas dominantes en la época de su elaboración, de predominio individualista, patrocina la exigencia de estar a lo pactado con libertad de volición y dentro de lo lícito, como lo demuestran, entre otras, las normas de los artículos 1091, 1255 y 1256 del Código citado, sin que esto quiera decir que los Tribunales tengan absolutamente cerrado el camino para sus construcciones jurisprudenciales en el campo de la interpretación de los negocios jurídicos y del derecho aplicable a fin de llenar posibles lagunas y conciliar antinomias no percibidas con la necesaria claridad por el órgano legislativo y por las partes al ordenarse por el contenido de sus pactos...”

En la **STS 514/2013, de 22 de julio** (RJ 2013, 5005) el Tribunal reconoce haber declarado que,

“La cláusula o regla *rebus sic stantibus* [estando así las cosas] trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (p. ej. SSTS 10-12-90 [RJ 1990, 9927], 6-11-92 y 15-11-00 [RJ 2000, 8988]). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa (SSTS 10-2-97 [RJ 1997, 665], 15-11-00 , 22-4-04 [RJ 2004, 2673] y 1-3-07 [(RJ 2007, 1618)]...

“Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84 [RJ 1984, 3438], 17-5-86 [RJ 1986, 2725], 21-2-90 [RJ 1990, 707] y 1-3-07 [RJ 2007, 1618]).

“De esta doctrina jurisprudencial se puede deducir que no se ha producido, en el presente caso, imposibilidad sobrevenida de la prestación ni pérdida del objeto en su sentido jurídico, pues como dijimos los compradores sabían que adquirirían unos inmuebles cuya calificación urbanística estaba en cuestión, pues estaba sometida a revisión, lo que había sido anunciado públicamente, y de lo que se le había informado en las sucesivas visitas informativas al Ayuntamiento.

“Que la parte compradora se representase subjetivamente que la calificación no iba a variar o que se iba a incrementar, no deja de ser una motivación personal que no forma parte de la causa del contrato ni mucho menos compartida por los vendedores, que transmitieron las fincas.

“El objeto del contrato fue transmitido o era transmisible en la forma que fue pactada y las alteraciones sobrevenidas eran más que previsibles y pese a ello, la compradora, que era profesional del ramo, no sometió el contrato a condición, y ese exceso de confianza no puede repercutirlo en la vendedora, pues solo la compradora debe soportar las consecuencias de su imprevisión.

La **STS 711/2013, de 27 de noviembre** (RJ 2013, 7874) reconoce que la jurisprudencia ha destacado la admisibilidad en nuestro ordenamiento de ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones, y ha admitido la influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, pero

“... para que sea aplicable esa técnica de resolución o de revisión del contrato, se exige, entre otras condiciones –y como señaló la Sentencia de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023)- que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible...

Como síntesis, por tanto, de la construcción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* por el Tribunal Supremo, podemos señalar las siguientes determinaciones:

- 1) En primer lugar, que se trata de una cláusula de elaboración doctrinal que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque, aun no estando expresamente regulada en nuestro Derecho positivo, tampoco éste la prohíbe, pudiendo por tanto la jurisprudencia elaborarla para suplir las lagunas.
- 2) En segundo lugar, que abiertamente se le reconocen efectos de revisión o modificación del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio, pero se resiste a darle efectos resolutorios o extintivos del contrato.
- 3) En tercer lugar, que la arraigada tradición de la autonomía de la voluntad y vinculación de las partes al contrato (*pacta sunt servanda*), así como el principio de la seguridad jurídica, constituye un serio obstáculo a su aplicación.
- 4) En cuarto lugar, que si por convenio no viene expresamente establecida, la falta de un precepto legal expreso que reconozca su efectividad, o del que su efectividad pudiera deducirse con claridad, impone que se trate de una cláusula muy peligrosa y de serias dificultades para su aplicación, exigiéndose:
 - a. una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
 - b. una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y
 - c. que todo ello acontezca por sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles.

b) El art. 6:111 PECL: texto, comentarios y notas de sus redactores.

Esta regla del art. 6:111 PECL, por la que se establece un mecanismo reparador de la ruptura del equilibrio económico del contrato, cuando ésta tiene lugar debido a una alteración sobrevenida en las circunstancias que existían al tiempo de su conclusión, cierra y pone broche al capítulo 6 de los PECL, que lleva el título de “contenido y efectos” de los contratos.

Para mejor comprender el significado de este mecanismo reparador de la relación contractual fracturada al que la regla se refiere, entendemos conveniente esquematizar el capítulo en su conjunto. Se comienza por señalar en el art. 6:101

PECL cuáles son las declaraciones de las partes contratantes que se deben considerar fuente de obligaciones contractuales, que son, según esta regla, las declaraciones que ambas partes así las entiendan y así las consientan “de acuerdo con las circunstancias”, teniendo en cuenta, además, (i) la importancia que tengan esas declaraciones en cada una de las partes, recíprocamente las de una para con las de la otra, (ii) si la declaración se formula en el marco de la creación del negocio jurídico (iii) y la experiencia profesional de cada una de las partes.

No se está definiendo el contrato y éste como fuente de obligación, sino cuáles sean las declaraciones de las partes contratantes que por medio del contrato se convierten en fuente de obligación. No todas las declaraciones de las partes en su negociación, ni por tanto tampoco sus presuposiciones, llegan a ser fuente de obligación. No todas las declaraciones serán vinculantes.

La noción del contrato se encuentra más bien en capítulos anteriores, cuando, por ejemplo, en el capítulo 2 (art. 2:101) se dice que el contrato se perfecciona cuando las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y alcanzan un acuerdo suficiente, en cuyo comentario nos informan sus redactores que tal acuerdo será necesario cuando las partes que se obligan son más de una, pudiendo alcanzarse bien a través de la aceptación de la oferta de una por la otra, bien a través de la aceptación de un contrato preparado por un tercero, o bien por otras vías; pero no es necesario un acuerdo en otros casos en que solo es una de las partes quien se obliga, la que promete, promesa unilateral que será vinculante sin necesidad de aceptación y considerada asimismo contrato (art. 2:107¹⁰⁵).

Lo que se está definiendo por este art. 6:101 PECL es que también pueden formar parte de la obligación contractual aquellas determinadas y específicas declaraciones que pueden hacer las partes en sus negociaciones, o en el propio contrato, consistentes o relativas a la información de la calidad o uso del producto, o bien promesas unilaterales que a veces suelen hacer los proveedores, y que por ellas la contraparte las acepta y puede llegar a exigir, si esas declaraciones han influido en su toma de decisión para la conclusión del contrato.

A continuación, el art. 6:102 PECL establece la regla de que, cuando el contrato adolece de lagunas en su clausulado, es el Juez el que está autorizado a completarlo y, para ello, entender que, junto a las cláusulas expresas, “un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan: (a) de la intención de las partes; (b) de la naturaleza y el objeto del contrato; (c) y de la buena fe”.

Esta es la forma como los tribunales del common law, aunque reacios a ello, llenan las lagunas de un contrato; y de ahí dicen los propios redactores que procede el término de “cláusulas implícitas” que se utiliza en esta regla.

¹⁰⁵ Art. 2:107 PECL Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación es vinculante.

No es esta regla del art. 6:102 PECL tampoco una forma de proceder ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pues precisamente el art. 1258 CC advierte que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y que, desde entonces, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Por cuanto que en este capítulo se pretende completar la definición del contenido del contrato, se establece también que lo que prima en el mismo es lo que verdaderamente hayan querido convenir las partes, aunque hayan expresado otra cosa; es decir, prima y prevalece la interpretación del acuerdo verdadero frente al acuerdo aparente, lo que se recoge en la regla del art. 6:103 PECL. Y tampoco esta regla es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pues el art. 1281.2 CC dispone que “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

Los arts. 6:104 a 6:107 PECL de este capítulo tratan de regular aquellos casos en que, partiendo de la certeza de que las partes se han obligado mediante un contrato, sin embargo hay algún elemento del mismo que no lo han determinado con la precisión que se requiere para poder cumplir la prestación. Tal es el caso cuando las partes no han fijado el precio en el contrato, ni tampoco el método para determinarlo, para cuya solución la regla del art. 6:104 PECL establece que “se entiende que las partes han pactado un precio razonable”; precio razonable que se entenderá será también –según el art. 6:105- cuando, aunque se haya dejado su determinación en manos de una de las partes, y aunque se haya pactado lo contrario, o cuando –art. 6:106- se haya convenido dejar en manos de un tercero su determinación, el precio que esta parte o el tercero determinen resulte “manifiestamente irrazonable”. Si es en función de un índice que el precio o cualquier otro elemento del contrato debe determinarse, y este índice no existe o ha dejado de existir, o ya no es accesible, se establece que sea sustituido por el equivalente –art. 6:107.

La regla del art. 6:108 PECL trata de regular cuál deba ser la calidad de la prestación, cuando no la especifica el contrato, que señala que debe ser en tal caso una prestación de calidad media. Y en nuestro ordenamiento, así también es cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado..., pues no podrá el acreedor exigirla de calidad superior, ni tampoco el deudor entregarla de calidad inferior (art. 1167 CC). En cambio, si la prestación consiste en la entrega de una cosa determinada y específica, no puede sustituirse por otra diferente, aunque sea de igual o superior valor (art. 1166 CC).

En el art. 6:109 PECL se contiene la regla que parte, como principio generalmente aceptado, de la prohibición de las obligaciones contractuales a perpetuidad, señalando que “[C]ualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de

duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable”; y en los comentarios y notas de sus redactores se explica que esta regla es de aplicación tanto a los contratos en que se pacta una duración “indefinida”, como a los contratos en que se pacta una duración “indeterminada”, y que es un principio generalmente aceptado en las legislaciones de nuestro entorno el que prohíbe las relaciones obligatorias a perpetuidad para con otra persona, poniendo como ejemplo en nuestro Derecho el art. 1583 CC (que se refiere a los arrendamientos de servicios de criados y trabajadores asalariados para decretarlos nulos si se hace “por toda la vida”) ¹⁰⁶, el art. 1732 CC (para el mandato, que se acaba “por su revocación”), el art. 1750 CC (para el comodato, en que si no se pacta su duración, ni el uso a que ha de destinarse la cosa, si no resulta determinado por la costumbre, puede reclamarse “a su voluntad”), el art. 1705 CC (para la disolución de la sociedad a voluntad o renuncia de uno de los socios cuando no se ha señalado término para su duración) y el art. 1581 CC (que para cuando se hace un arrendamiento de predios urbanos sin fijar un plazo señala que se entienda hecho por años si el alquiler es anual, por meses si es mensual y por días si es diario).

Debemos hacer la observación de que esta regla del art. 6:109 PECL dictamina la posibilidad de poner fin a un contrato de duración indefinida o indeterminada sea cual sea la clase de contrato, para los contratos en general; sin embargo, los contratos a los que se refieren sus redactores en estas notas que en nuestro ordenamiento las partes pueden desvincularse unilateral y libremente (por denuncia, desistimiento o receso de la relación obligatoria), no son todos los contratos en general, sino solo algunos en particular.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla esta posibilidad de desistimiento con carácter general, aunque ciertamente lo permite en esos y otros casos, como también en el arrendamiento de obra (art. 1594 CC, por el que el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra), o incluso en el arrendamiento de cosa (cuando el art. 1543 CC lo define como la entrega del goce o uso de una cosa por un precio cierto y “tiempo determinado”, porque ha de entenderse más en el sentido de temporalidad, es decir, de que no puede ser por tiempo perpetuo, más que de necesidad de su previa determinación, pues para cuando no se establece el tiempo expresamente en el contrato ya se encarga el propio Código de dictar reglas para su determinación¹⁰⁷), pero siempre con soporte

¹⁰⁶ Este artículo se refiere al arrendamiento de servicios de criados y trabajadores asalariados y dispone que puede contratarse esta clase de servicios “sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada”, y que “[E]l arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”. Se ha de tener en cuenta que, en la actualidad, no tiene este precepto aplicabilidad, por cuanto que estas relaciones están sometidas a legislación específica reguladora de la relación laboral.

¹⁰⁷ El art. 1581 CC dispone que [S]i no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entienda hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. Y el art. 1577 CC que [E]l arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entienda hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda

o fundamento en una atribución que haga expresamente la ley a las partes de esa facultad de extinguir la relación obligatoria, o en una atribución del propio contrato o negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria. También en otros casos lo ha admitido nuestra jurisprudencia, como cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas en cuyo negocio jurídico constituyente no se haya establecido un plazo determinado de existencia del vínculo y su causa obedezca a una recíproca confianza de las partes contratantes (como es el caso, por ejemplo, de la STS de 14 de febrero de 1973).

Aunque no sea materia de estudio principal en este trabajo, y por ello no profundicemos ahora, también entendemos que viene al hilo hacer siquiera la observación de que, según los mismos comentarios de sus redactores, esta regla – dicen- se aplica tanto a los contratos pactados con duración “indefinida”, como a los contratos de duración “indeterminada”, considerando, por tanto, cosa distinta cuando el tiempo es “indeterminado” y cuando el tiempo es “indefinido” en la relación jurídica que se constituya, aunque, como es de ver, con los mismos efectos. Y, respecto del significado de estas de estas locuciones, también ha tenido oportunidad nuestra jurisprudencia de hacer algunos pronunciamientos en relación a la interpretación que deba hacerse del art. 1543 CC, cuando señala como requisito esencial para el arrendamiento que lo sea por un “tiempo determinado”, lo que no significa que, al tratarse de un requisito esencial, si no se determina acarree la inexistencia o invalidez del arrendamiento, porque no ha sido entendido así, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina.

La doctrina ya ha dicho que la frase de “por tiempo determinado” que utiliza el art. 1543 CC no es precisamente una frase muy adecuada. De “frase no feliz” se califica por Manuel Abaladejo¹⁰⁸, “ya que –sigue- realmente el tiempo puede ser indeterminado, y lo que no puede ser el arrendamiento es a perpetuidad”. El tiempo se puede determinar en el contrato de varias formas, por ejemplo, señalando una fecha del calendario, o un acontecimiento futuro (que sería el caso de un arrendamiento de un apartamento durante el tiempo que dure una determinada convención); y también se puede dejar en el contrato sin determinar, en cuyo caso el propio Código arbitra el plazo (art. 1581 CC y art. 1577 CC).

El problema en la jurisprudencia ha sido tratado porque era frecuente, sobre todo en Cataluña, pactar el arrendamiento de las viviendas (y locales) “por tiempo indefinido”, cuando estos arrendamientos estaban sujetos a la prórroga forzosa del art. 57 de la Ley de arrendamientos urbanos, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y podía tal expresión entenderse contradictoria con la exigencia de la determinación del tiempo exigida como

la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos...

¹⁰⁸ MANUEL ALBALADEJO. Derecho Civil II Vol 2º, 5ª ed. Bosch, Barcelona, 1980. p. 163.

requisito esencial. Así, el Tribunal Supremo, después de considerar que “por su naturaleza, por ley y por la doctrina jurisprudencial, el término indefinido es incompatible con el concepto de arrendamiento” (Sentencia de 21 de mayo de 1958 –RJ 1958, 2094), añade que “aunque en el contrato se dice por tiempo indefinido, este vocablo en su sentido gramatical significa indeterminado, no definido, y al no estar delimitado por las partes, entra en juego o función el precepto del art. 1581, conforme al cual, si no se hubiere fijado plazo se entenderá conforme al tiempo señalado para la determinación de la renta” (Sentencia de 16 de noviembre de 1957 –RJ 1957, 3406). La misma tesis mantiene la STS de 9 de julio de 1979 (RJ 1979, 2935), cuando afirma que “es de esencia al contrato de arrendamiento, la fijación de un <tiempo determinado> según establece el art. 1543 del CC..., por lo que la frase que aparece en la cláusula aclaratoria del contrato, de que su vigencia es por tiempo indefinido, carece en sí misma de todo valor, si con ello se quiere significar que no tiene tiempo determinado...”, con cita de constante y uniforme doctrina jurisprudencial anterior (SSTS 15 octubre 1924, 22 enero 1958, 29 abril 1959, 29 febrero 1960 y 19 enero 1965)... “... puesto que..., al precisar que aunque no se hubiera fijado plazo o se diga que es indefinido el contrato será válida, entendiéndose hecho por años, meses o días, según el señalamiento de la renta..., pues lo <indefinido> o no definido, pero definible, es distinto de lo <a perpetuidad> o no definible, ni determinable, que es lo que prohíbe la ley”.

La regla del art. 6:110 PECL toma en consideración la estipulación que pueden hacer las partes en un contrato en favor de tercero, a quien se le otorga derecho para exigir su cumplimiento; y así llegamos al cierre de este capítulo, relativo al contenido y efectos de los contratos, con el art. 6:111 PECL, en el que se establece el mecanismo reparador de la relación contractual cuando se hace excesivamente gravoso para una de las partes como consecuencia de un cambio en las circunstancias y se dan las condiciones que la propia regla establece. Literalmente, la regla del art. 6:111 PECL dice así:

Art. 6:111. Cambio de circunstancias.

- (1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.
- (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:
 - a. Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato
 - b. En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido

- c. A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias
- (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respeto, el juez o tribunal podrá:
- a. Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado
 - b. O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

Según los comentarios de los propios redactores, la mayoría de los países de la Unión establecen en su legislación algún mecanismo de solución cuando se producen estas alteraciones de circunstancias sobrevenidas a la convención del contrato que sean de tal naturaleza e imprevisión que causen una grave injusticia al equilibrio de las contraprestaciones; observan que, en la práctica, para determinadas situaciones especiales que en ese momento consideran previsibles, la solución ya la contemplan los mismos contratantes y la expresan mediante cláusulas en el propio contrato; pero puede suceder que ese injusto desequilibrio sobrevenga por otras circunstancias que las partes no preveían cuando lo convinieron, y, para estas situaciones, los PECL –dicen sus redactores- “adoptan un mecanismo de este tipo, a través de una aproximación amplia y flexible, conforme con el objetivo que persiguen de lograr una justicia material para los contratos: por eso impiden que el coste causado por algún hecho imprevisto recaiga totalmente en una de las partes”.

En realidad, lo que se pretende con este mecanismo es el reparto del riesgo de un cambio de circunstancias, pero no cuando sea consecuencia de un cambio de circunstancias cualquiera, sino aquel que provoque un desequilibrio excesivo y que trastoque completamente el contrato, siempre que las partes no lo hubieran previsto, y distribuido el riesgo, ni tampoco lo hubieran descartado para el caso de que acaeciera.

Los redactores de esta regla advierten que se trata de un mecanismo que refleja una tendencia moderna a atribuir a los tribunales la potestad de moderar el excesivo rigor en el respeto al principio de libertad contractual y de vinculación e intangibilidad del contrato cuando las relaciones que del mismo dimanaban se ven alteradas de manera insalvable por un cambio en las circunstancias. Y atribuyen así esta facultad a los tribunales, entendida como subsidiaria, es decir, solo para cuando las partes se nieguen a una renegociación del contrato o no alcancen un acuerdo; y entendida también la posibilidad de poner fin al contrato como una alternativa, a su vez subsidiaria, a la posibilidad, primero, de su modificación o

readaptación, posibilidad la de poner fin al contrato que se califica de “in extremis”.

Así se recoge expresamente en la propia formulación de este principio cuando, después del aserto en el apartado (1) del principio generalmente admitido de vinculación de las partes al contrato, en el apartado (2) se establece que “... *las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo...*”, y (en el último párrafo) que *el juez o tribunal puede ordenar que la parte que se negó a negociar, o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados...*;

También han pensado los redactores de esta regla en que si se mantiene el rigor de la vinculación de las partes al contrato podría ayudar a llevarles a que se obliguen a tomar las máximas previsiones de los riesgos de acaecimiento de circunstancias imprevisibles que puedan alterar el equilibrio de la justicia del contrato, y del reparto de estos riesgos, lo que les incentivaría a pensar, prever y tomar las máximas precauciones posibles; pero han sido conscientes de que en nuestro mundo real sabemos que no es frecuente que las partes contratantes lleguen a pensar en todas las circunstancias posibles con las que pueden llegar a tropezar en la ejecución del contrato y, además, aunque las proveyeran, también es posible que tampoco las alcanzaran y las articularan con el grado de desarrollo necesario para resolver el evento futuro, o incluso que miraran solo el presente y descuidaran la posibilidad de eventos futuros que pueden romper la justicia del contrato.

Y esta idea –promovida también por la doctrina moderna¹⁰⁹–, es la que lleva a los redactores del texto académico a considerar conveniente establecer, en primer lugar, la regla general de la libertad contractual y de la vinculación de las partes a los pactos del contrato (*pacta sunt servanda*), para forzar así a que determinadas cuestiones deban expresamente contemplarse por las mismas partes en el contrato, si bien que, para el caso contrario, es decir, de que las partes se olviden, no caigan en ello y no lo prevean, y de ocurrir una alteración enorme de las circunstancias del contrato existentes al tiempo de su formación que rompa su equilibrio de manera insostenible, se pueda solventar la injusticia de aquella relación contractual resultante apelando a estos principios o mecanismos de moderación externos al contrato, pero, en todo caso, en el bien entendido de que no tendría esta regla o mecanismo un carácter imperativo, por lo que las partes podrían seguir perfectamente manteniendo su plena libertad para excluir expresamente que esa alteración enorme de circunstancias produzca ningún efecto liberador del cumplimiento de la prestación.

¹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo. Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Barcelona, octubre 2009. InDret-Revista para el análisis del Derecho. www.indret.com

Por tanto, este mecanismo de moderación del contrato y de erosión de la vinculación de las partes por una alteración excepcional del equilibrio de las prestaciones debido a circunstancias sobrevenidas y que formulan los PECL en esta regla, parte, en primer término, de no olvidar en absoluto que prima y ordena la relación contractual como principio [apartado (1)], el insoslayable y originario reconocimiento de la libertad contractual y de la vinculación y obligatoriedad del contrato: *[L]as partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

Es decir, no porque para alguna de ambas partes el contrato no haya resultado según esperaba y según le convenía, no porque no sea de su agrado, puede por ello pedir su renegociación. Y para que opere la aplicación de esta regla frente a la vinculación de las partes al contrato y que las mismas puedan verse obligadas a su renegociación, no basta la mera alteración de las circunstancias, sino que, y a ello se destina el apartado siguiente (2) señalando que, aunque las partes resultan vinculadas al contrato según el apartado anterior, *[S]in embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias...].* Y se añade a continuación la naturaleza, contenido y efectos de tal cambio de circunstancias para que se pueda dar lugar a la aplicación de este mecanismo, todo lo que recogemos como “requisitos” en el apartado que sigue.

c) Requisitos para la aplicación del art. 6:111 PECL

El propio art. 6:111 (2) PECL dispone cuáles son los requisitos –que en sus comentarios los redactores nos los califican de “condiciones”- que se exigen para que tenga lugar la aplicación de este mecanismo de reajuste de la justicia del contrato:

(i) La excesiva onerosidad de la prestación

Como acabamos de mencionar, no es porque un contrato haya resultado más o menos oneroso de lo previsto, o más o menos de nuestro agrado, que se pueda acudir según esta regla a este mecanismo de moderación de la vinculación al contrato, sino que la onerosidad que el cambio de circunstancias provoca en la relación contractual ha de tener naturaleza excepcional, y la regla utiliza para ello la expresión y el texto del art. 1467 del Código civil italiano en que toma cuerpo la doctrina relativa a la excesiva onerosidad (*eccesiva onerosità*)¹¹⁰ que debe para

¹¹⁰ Art. 1467 CC italiano. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che

tal caso producirse en alguna de las partes de la relación contractual como consecuencia del cambio de circunstancias. Onerosidad tan excesiva que desequilibre o trastoque por completo el contrato. No bastaría un mero cambio en el contexto económico, ni un simple desequilibrio: no es preciso que la prestación resulte imposible, en cuyo caso operaría otro mecanismo, sino que la prestación es todavía posible, pero supone para una de las partes un gravamen exorbitante.

Y este gravamen exorbitante, esta excesiva onerosidad de la prestación, además debe resultar directamente (i) del aumento de su coste (y se pone el ejemplo del aumento del coste del transporte si se cierra el canal de Suez y los barcos han de desviarse por el cabo de Buena Esperanza) (ii) o de que la contraprestación esperada pierda totalmente su valor.

(ii) Factor temporal: cambio de las circunstancias del contrato

En segundo lugar nos ponen los redactores en sus comentarios como requisito el factor temporal para referirse a que aquella excesiva onerosidad de la prestación devenga por un cambio de las circunstancias del contrato, es decir, sobrevenga el cambio a la celebración del contrato, porque si fuera el caso que ya existieran al tiempo de convenir el contrato, aunque alguna de las partes las desconociera, no daría lugar a la aplicación de este mecanismo, sino a las normas sobre el error (art. 4:103 y 4:105).

(iii) La imprevisión del cambio de circunstancias

Otro requisito para la aplicación de este mecanismo moderador de la justicia del contrato rota o desestructurada por el cambio de las circunstancias, es que los hechos que dan lugar a esa excesiva onerosidad sean hechos o circunstancias que no se hubieran podido tener en cuenta al tiempo de la celebración del contrato, es decir, que se trate de circunstancias absolutamente imprevisibles al tiempo de convenir el contrato, pero imprevisibles para una persona razonable, y toman este concepto de la jurisprudencia administrativa francesa en que también toma cuerpo la doctrina sobre la imprevisión.

Al respecto se nos comenta también que una cosa es imprevisión y otra cosa es imposibilidad; la imposibilidad supone que el evento circunstancial ha hecho que

deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

la prestación sea imposible de cumplir, el obstáculo se hace absolutamente insuperable, en cuyo caso no se daría lugar a la renegociación del contrato, sino a la liberación de su cumplimiento (en los términos que expresa y previene ya el art. 8:108 PECL); sin embargo, la imprevisión no hace que la prestación sea imposible, sino que, siendo todavía posible, supone para el deudor una ruina, siendo difícil trazar, en realidad, una línea que separe de manera nítida cuándo se trata de una prestación que precisa un esfuerzo totalmente irrazonable y cuándo solo muy difícil, o más o menos difícil, correspondiendo a los jueces y tribunales en cada caso el trazado de esta línea divisoria.

(iv) El riesgo del cambio de circunstancias

Para que opere este mecanismo revisor del contrato, el riesgo del cambio de circunstancias no debe estar previsto y atribuido en el contrato: ni porque expresamente se hubiera asumido por alguna de las partes, ni porque se trate de un contrato de carácter especulativo.

d) Soluciones que ofrece el procedimiento del art. 6:111 PECL

Ante un evento de las características que puedan dar lugar a la aplicación de este mecanismo revisor, las partes vienen obligadas en primer lugar a la renegociación del contrato y sólo para el caso de no llegar a un acuerdo o de ruptura de la negociación es cuando se puede acudir a los tribunales.

Así lo impone la regla (3) del art. 6:111. El juez o tribunal puede intervenir para poner fin al contrato o adaptarlo, “[S]i en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto...”

Por tanto, ninguna de las partes de la relación contractual puede acudir al juez o tribunal para la aplicación de este mecanismo moderador de la vinculación al contrato, sin antes negociar e intentar de consuno una adaptación; para acudir al juez o tribunal resulta preceptivo haber intentado antes una renegociación del contrato, porque, en caso contrario, dispone el último párrafo de esta misma regla que el juez puede ordenarle que repare los daños causados (daños por no negociar, o por romper de mala fe la negociación).

El proceso de renegociación del contrato debe iniciarlo la parte que sufre la excesiva onerosidad de su prestación, y debe iniciarlo con sometimiento al principio de buena fe, por tanto, con tiempo suficiente y exponiendo el contenido y alcance de la dificultad de su prestación y la causa que la motiva, que, como antes hemos comentado, debe resultar, o bien del aumento de su coste, o bien de que la contraprestación que se le debe haya perdido totalmente su valor.

Los tratos de esta renegociación también están sometidos al principio de la buena fe, por lo que ninguna de las partes deberá obstaculizar el proceso para prolongarlo en su provecho, ni tampoco apartarse y romperlo de forma abusiva. Los redactores nos ponen como ejemplo de mala fe el que alguna de las partes siga renegociando una vez que ya ha concluido con un tercero otro contrato incompatible con el primero, pues se evidenciaría que su única finalidad es prolongar la negociación en su provecho.

Una vez el asunto en manos del juez o tribunal, los poderes y facultades de éstos son amplios y la decisión puede ser: (a) o bien la extinción del contrato, poniéndole fin (“en los términos y fecha que considere adecuado”); (b) o bien adaptarlo (“de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa”).

Entre la modificación del contrato, o su extinción, deberá primar aquélla, dirigida a conseguir su reequilibrio. Sin embargo, en la práctica, si las partes no han sido capaces de ponerse en ello de acuerdo (en la renegociación previa), será difícil en la mayoría de los casos la decisión de que el juez o tribunal imponga su adaptación, por lo que quizás en la mayoría de los casos la única opción del juez sea la de declarar el contrato extinguido y disponer los términos y efectos de esa extinción para cada una de las partes.

4. Utilización de la regla del art. 6:111 PECL por los tribunales españoles.

a) Sentencias del Tribunal Supremo que aplican el art. 6:111 PECL

i) STS (Sala civil) de 17 de enero de 2013 (ROJ STS 1013/2013). Ponente: Francisco Marín Castán.

La cuestión litigiosa es de plena y lamentable actualidad. Unos cónyuges se interesan por la compraventa de una vivienda, todavía en construcción, y la convienen con la promotora –Hogar Jardín, S.A.- en documento privado en el que establecen el precio en 249.955 euros (IVA incluido) y a cuenta del precio entregan 36.362 euros, si bien que con anterioridad ya habían entregado también los compradores 42.019 euros por subrogarse en la posición de comprador de la misma vivienda que desde 29 de junio de 2006 ostentaba otra compañía mercantil diferente de la promotora aunque con el mismo administrador único. La entrega

de la vivienda (y consiguiente otorgamiento de la escritura con pago del precio aplazado) se convino para una determinada fecha -31.10.2008, con previsión de una prórroga de hasta 10 meses. Se contemplaba también en el contrato la posibilidad de que los compradores se subrogaran en el préstamo de la promotora, y también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación.

Llegado el momento, la promotora requiere a los vendedores para el otorgamiento de la venta en escritura pública y dos días antes los compradores habían comunicado a la promotora que no iban a poder comparecer al otorgamiento por la imposibilidad de obtener la financiación que necesitaban, siendo esta la causa por la que instan la demanda judicial interesando la resolución del contrato de compraventa, a la que aportan como justificante de esa imposibilidad un documento de una entidad bancaria en que se hacía constar que a uno de los cónyuges le había sido denegada la concesión de un préstamo hipotecario en el importe pendiente del precio “por la situación financiera actual de nuestro cliente, debido a su alto endeudamiento”.

La promotora se opone a la resolución del contrato y pide por reconvencción su cumplimiento; y al contestar a la reconvencción es cuando los demandantes iniciales califican de caso fortuito o fuerza mayor la imposibilidad de conseguir la financiación, alegan la situación existente al tiempo de celebrar el contrato (cláusula *rebus sic stantibus*) y la sobrevenida al tiempo de ser requeridos para otorgar la escritura pública.

El Juzgado de instancia desestima íntegramente la demanda y estima la reconvencción, condenando a los compradores a pagar el resto del precio pendiente, más los intereses legales desde la interpelación judicial. Las razones o argumentos de su decisión fueron: (i) que la cláusula 8 del contrato contemplaba la hipótesis de incumplimiento de la obligación de pago del precio, facultando en tal caso al vendedor para exigir el cumplimiento o resolver el contrato; (ii) que, por tanto, esta cláusula no permitía al comprador desistir del contrato (iii) que los compradores, al rehusar el otorgar la escritura y negarse a pagar el precio pendiente de pago, habían incumplido el contrato, por lo que tampoco podían al amparo del art. 1124 CC instar su resolución; (iv) que, en cuanto a la imposibilidad de obtener la financiación que se alegaba por los compradores, el documento acreditativo resultaba insuficiente porque nada se había acreditado sobre la economía de los compradores al tiempo de firmar el contrato y a la fecha de ser requeridos para otorgar la escritura; (v) que dada la proximidad de ambas fechas, la del contrato y la del requerimiento para otorgar la escritura, la compradora bien habría podido tener en cuenta esa posibilidad de que le fuera imposible obtener financiación; y (v), por último, que el certificado de la entidad de crédito por el que se pretendía probar esa imposibilidad de obtener financiación se refería solamente a uno de los cónyuges compradores, no acreditándose nada al respecto del otro cónyuge.

La Audiencia Provincial de Castellón (sección 3ª), en Sentencia de 2 de junio de 2010 estima el recurso de apelación interpuesto por los compradores y accede a la resolución del contrato privado de compraventa, para lo que argumenta: (i) que la única cuestión litigiosa consiste en dilucidar si la falta de financiación podía o no considerarse imposibilidad sobrevenida; (ii) que la cláusula 8 del contrato no era más que la expresión del art. 1124 CC, por el que se entiende implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de resolver las obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe; (iii) que el hecho de la denegación de la financiación debía entenderse probado, siendo irrelevante que el documento de la entidad de crédito se refiriera a uno sólo de los compradores (porque ambos compraban para su sociedad de gananciales); (iv) que la falta de financiación era un hecho constitutivo de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento que no consta fuese imputable a los compradores; (v) que no era necesario en este caso que los compradores acreditaran cuál era su situación económica al tiempo de la firma del contrato y cuál la existente al serles negada la financiación bancaria; (vi) que no habría estado de más un mayor esfuerzo probatorio en ese sentido, como tampoco que hubieran acreditado sus respectivas fuentes de ingresos y su cuantía, pero debía tenerse por acreditada la imposibilidad de obtener financiación “por ser un hecho notorio la existencia de una gravísima crisis económica...”; (vii) que también era un hecho notorio el “importante incremento de las exigencias de las entidades bancarias y cajas de ahorro para la concesión de financiación”, con la consiguiente “restricción del crédito”; (viii) que aunque se preveía en el contrato la posibilidad de que no obtuvieran los compradores financiación, esto no impedía apreciar una imposibilidad sobrevenida...; (ix) que lo sucedido no había sido realmente un impago de los compradores, sino la imposibilidad de hacer frente al pago; y (x) que, como consecuencia de la resolución, debía darse lugar a la recíproca restitución de las prestaciones aplicando el art. 1303 CC.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la promotora contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que casa y, en su lugar, confirma la sentencia del Juzgado de instancia.

Considera el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial ha fundado su sentencia formalmente en los arts. 1182 a 1184 CC, que guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en el art. 1105 CC, pero que materialmente ha aplicado la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, más próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC (SSTS 5 enero 1980; 8 noviembre 1983; 26 mayo 1990 y 21 julio 2010), a su art. 1289 o a su art. 1575, atendiendo a la restricción del crédito provocada por la crisis económica y a las consiguientes dificultades de los compradores de viviendas para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio habitual de financiación (el préstamo hipotecario).

Y respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, argumenta el Tribunal Supremo lo siguiente:

FD TERCERO.- (...) “4ª)...” “... trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos... Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa (SSTS 10 febrero 1997; 15 noviembre 2000; 22 abril 2004 y 1 marzo 2007), y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (SSTS 20 mayo 1997 y 23 junio 1997). Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la sentencia 597/2012, de 8 de octubre, ha rechazado tanto la nulidad por vicio del consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas por una compañía mercantil que había comprado tres viviendas de una misma promoción inmobiliaria y alegaba que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, razonándose en la sentencia de esta Sala que el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa; la 568/2012, de 1 de octubre, ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, razonando esta Sala que “era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, pues a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras”; y la sentencia 731/2012, de 10 de diciembre, ha rechazado unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario”

5ª.- Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de

inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27 junio 1984; 17 mayo 1986; 21 febrero 1990 y 1 marzo 2007). Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1213 CC el siguiente texto, inspirado tanto en la idea de la causa negocial como en la de la asignación de riesgos:

“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

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

Sin embargo, la crisis económica por sí sola no es suficiente para permitir al comprador que desista del contrato –sigue explicando el Tribunal Supremo–, pues se propiciarían incumplimientos meramente oportunistas.

Y aplicando la regla *rebus sic stantibus* a los hechos controvertidos y relevantes del caso, considera el Alto Tribunal (razón 7ª de su FD 3) que la motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón y objeto del recurso de casación se basa exclusivamente en la crisis económica, que ciertamente es un hecho notorio, y la consiguiente restricción generalizada de los préstamos hipotecarios, hecho igualmente notorio, pero sin que esto

sea suficiente para dar lugar a la intervención de esta regla, amén de que tampoco fue invocada en forma procesal debida por los compradores, pues no reclaman la aplicación de la misma en su demanda, sino que aluden a ella en un trámite posterior, con motivo de contestar a la reconvencción formulada contra ellos por la vendedora.

Razona el Tribunal Supremo que la sentencia de la Audiencia Provincial ha prescindido de los presupuestos más elementales para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*:

- (i) al no considerar necesaria una comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato;
- (ii) al prescindir por completo de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores mediante el solo y nada convincente argumento de que ambos compraban para su sociedad de gananciales;
- (iii) al identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito y fundada en un alto endeudamiento que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato o;
- (iv) en fin, al no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin por ello exonerarles del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de la asignación de riesgos seguido por la sentencia de esta Sala 240/2012, de 23 de abril.

No nos señala el Tribunal Supremo en esta sentencia de forma taxativa y positiva y directa cuáles sean los requisitos o condiciones para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero de la enunciación negativa de sus presupuestos no tenidos en cuenta por el tribunal de apelación podemos extraer los siguientes:

El primer presupuesto elemental para su aplicación que echa en falta el Tribunal Supremo en la sentencia de la Audiencia Provincial para aplicar la cláusula es que la sentencia (i) no considera necesario comparar la situación económica de las partes contratantes antes y después del contrato; de donde se deduce, entonces, que un presupuesto necesario para su aplicación es precisamente el elemento que como factor temporal enuncian los propios redactores del art. 6:111 PECL en sus comentarios. Que la onerosidad de la prestación obedezca a un cambio de circunstancias del contrato y sobrevenga a su celebración, porque si ya existía al tiempo de celebrarlo no se podría dar lugar a la aplicación de esa regla.

Otro presupuesto también elemental que el Tribunal señala que omite tener en cuenta la Audiencia Provincial es el que (iv) no da relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba la previsión de la posibilidad de no obtener financiación, para cuyo caso no se preveía precisamente que se le exonerara del pago, ni la resolución del contrato, por lo que considera el Tribunal que en el propio contrato ya se estaban asignando los riesgos de esa falta de financiación; o lo que es lo mismo, que el haber previsto en el contrato el riesgo –según así lo entiende previsto el Tribunal- y atribuirlo a los propios compradores, no permitiría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, a nuestro entender, el riesgo que exige la regla del art. 6:111 PECL no es precisamente al riesgo a que se está refiriendo el Tribunal Supremo, y estaríamos más de parte de la Audiencia Provincial cuando nos argumenta que la cláusula 8ª del contrato se limitaba a incorporar lo que ya autoriza el art. 1124 CC, es decir, la facultad de resolver las obligaciones para el caso de que no de los obligados no cumpla lo que le incumbe, en cuyo caso puede optar por exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación; pero aquí se trata de que el incumplimiento del pago del resto del precio se debe a la imposibilidad de obtener financiación, por lo que, como bien argumenta la Audiencia, la cuestión litigiosa se limitaría a constatar si esa falta de financiación podía o no considerarse imposible y sobrevenida, si la prestación para los compradores habría devenido excesivamente onerosa. Si los compradores ya sabían en el momento de celebrar el contrato que les iba a ser imposible obtener la financiación para pagar el resto del precio, esa imposibilidad ya habría existido en ese momento y no sería el resultado del cambio de circunstancias. Pero si en el momento de celebrar el contrato los compradores tenían la posibilidad de obtener la financiación y esa imposibilidad de obtenerla hubiera devenido posteriormente como consecuencia del cambio de las circunstancias consecuentes de la crisis económica, entendemos que no habría razón para no considerar cumplido este requisito, pues en el contrato no vemos que este riesgo se previera, y, en realidad, como consecuencia de la crisis económica se habría convertido la prestación del pago del precio en excesivamente onerosa, por la imposibilidad de obtener financiación.

Otra cosa es que, según los hechos probados, el informe de la entidad crediticia –Bancaja- que se presenta por los compradores con la pretensión de acreditar esta imposibilidad de obtener financiación no dice que sea debida al cambio de circunstancias, sino a la situación financiera del propio cliente, del propio comprador, dado su alto endeudamiento. Por tanto, no resultaría en tal caso esta imposibilidad de financiación del cambio de circunstancias –crisis económica-, sino al alto endeudamiento del propio comprador, y máxime si, como argumenta el Juzgado de instancia, el lapso

de tiempo que mediaba entre la firma del contrato privado y el previsto para el otorgamiento de la escritura pública era tan limitado (el contrato se había celebrado el 28.04.2008 y el requerimiento para la escritura pública lo era para marzo de 2009).

Y los presupuestos que el Tribunal Supremo acusa a la Audiencia no haber tomado en consideración (ii y iii), el haber prescindido de la capacidad económica de uno de los compradores y el identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de la misma por una sola entidad y con fundamento en el alto endeudamiento de la propia parte, entendemos que se podrían incardinar en el requisito o presupuesto de la necesidad de que la prestación hubiera devenido excesivamente onerosa por el cambio de circunstancias, y que, por no ser así, o al menos por no haberse acreditado en el pleito que era así, no sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* o la regla del art. 6:111 PECL.

Por tanto, entendemos que el Tribunal Supremo, aunque no a nuestro entender con el debido acierto en cuanto a incardinar los hechos relevantes del caso concreto en el presupuesto jurídico correspondiente, ha entendido en esta sentencia exigibles para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

- (i) el presupuesto de que la prestación se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes como resultado del cambio de circunstancias;
- (ii) que el cambio de circunstancias haya sido posterior a la celebración del contrato;
- (iii) que el cambio de circunstancias acaecido hubiera sido imposible de prever en el momento de la celebración del contrato y, por tanto, las partes no hubieran previsto la posibilidad de que se produjera; y
- (iv) que la parte perjudicada por el cambio de las circunstancias no hubiera asumido el riesgo por el contrato o porque según el tipo de contrato le correspondiera tal riesgo.

ii) STS (Sala civil) de 18 de enero de 2013 (ROJ STS 679/2013). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel

La cuestión litigiosa en este caso es similar, por no decir idéntica, a la que acabamos de estudiar en el apartado anterior; de hecho la vendedora es la misma promotora –Hogar Jardín, S.A.–, con la misma representación procesal, y los compradores son otros particulares, y con la misma representación procesal, también proveniente de los Juzgados de Castellón, en primera instancia y de la

Audiencia Provincial de Castellón, en segunda instancia, por lo que ya nos adelantamos a suponer que la suerte que han corrido las partes contendientes ha sido también pareja a la anterior: no hay causa de resolución para los compradores, que vienen obligados a cumplir el contrato y pagar el resto del precio de la compraventa.

El contrato de compraventa de autos era también de la misma fecha que en el caso anterior (de 28.04.2008), sobre una vivienda también en construcción, por el precio de 249.935 euros, y con la misma fecha de previsión de entrega de la vivienda para también el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa y pago de la parte del precio restante, pues daban a la firma del contrato la cantidad de 36.362 euros. Asimismo pactaban en el contrato –según los antecedentes recogidos en el FD 1- que para el caso de que los compradores no cumplieran con la prestación de pagar la parte aplazada del precio, la vendedora podía optar por resolver la relación, con pérdida para los compradores de la suma ya entregada, o exigir el cumplimiento de la deuda pendiente; y la misma opción fue convenida para los compradores, en el caso de que fuera la vendedora la que no cumpliera la prestación a su cargo, de que no entregara la vivienda en el tiempo establecido para ello.

La crisis de la relación contractual sucede cuando los compradores toman la decisión de "rescindir" y comunicar a la vendedora su voluntad en ese sentido, cosa que hacen el 24.11.2008 (es decir, 7 meses después de convenir la compraventa), lo que la vendedora no acepta, sino que requiere a los compradores de cumplimiento.

En la demanda alegan los compradores que su negativa a concurrir al otorgamiento de la escritura pública de compraventa no respondía "a un simple capricho", sino a "la imposibilidad de obtener financiación para el pago del préstamo hipotecario resultante", lo que acreditaban con un documento librado por una entidad de crédito en el que constaba la negativa de la misma a prestarles el dinero interesado, y otro posterior en el mismo sentido y de otra entidad de crédito distinta.

A la demanda se opone la vendedora y formula demanda reconvenzional exigiendo el cumplimiento del contrato con base en la regla *pacta sunt servanda* (que inspira la norma del art. 1091 CC); y es con ocasión de la contestación a esta demanda reconvenzional que los iniciales demandantes –los compradores- hacen referencia a la actual situación económica generalizada y la repercusión que su alteración tiene en las relaciones contractuales a plazo, y es cuando invocan la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

El Juzgado de instancia desestima la demanda y estima la reconvección, por lo que obliga a los compradores al cumplimiento del contrato; en síntesis, sus argumentos son que habiendo cumplido la vendedora su obligación (finalizar y poner a disposición de los compradores la vivienda objeto del contrato en tiempo

y forma convenidos), y al no haberlo hecho los compradores con la suya, debía entrar en juego la cláusula del contrato por la que los cumplidores (la vendedora) podía optar por resolver la relación o exigir su cumplimiento, y había optado por esta última alternativa.

La Audiencia opina de forma distinta –por lo que revoca la del Juzgado y estima la demanda decretando la resolución del contrato- al considerar que el cumplimiento de la obligación de pago del resto del precio había devenido imposible para los compradores, ante “la falta de entidad bancaria que financiar la operación”.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial y hace suya la sentencia del Juzgado de instancia, por lo que el contrato debe cumplirse y los compradores pagar el resto de la parte aplazada del precio.

Para llegar a esta solución el Tribunal parte de una previa calificación jurídica del contrato, lo que considera necesario para dilucidar si se trataba de un contrato de compraventa de cosa futura, que tiene un régimen jurídico obligacional determinado y que explica con detalle¹¹¹, o de un contrato de ejecución de obra, que tiene un régimen jurídico distinto, en cuyo caso sería aplicable el art. 1594 CC, por el que el comitente –que serían los compradores- puede por su sola voluntad desistir de la construcción aunque ya hubiera empezado...

A nuestro entender, esta previa calificación jurídica del contrato que hace el Tribunal Supremo para iniciar sus razonamientos resulta absolutamente innecesaria, porque ninguna de las partes ha discutido la calificación de su negocio como compraventa, cosa que el propio Tribunal nos dice para su propia calificación como tal: “en el supuesto enjuiciado ha sido decidida en las dos instancias en un mismo sentido –el que llevó a la calificación del contrato como compraventa-, sin controversia alguna, previa o posterior a las sentencias recaídas en ellas”. Y de aquí sigue el Tribunal que, al no ser un contrato de ejecución de obra, los compradores no son comitentes, sino compradores, y, como tales, no tienen la facultad de desistir “por el contrato, ni por la ley que le era aplicable”.

Es en el FD 5 donde el Tribunal Supremo vierte sus argumentos contrarios a los del de apelación: la sentencia de la Audiencia Provincial declara resuelta la

¹¹¹ Explica que la compraventa no provoca por sí sola la transmisión de un derecho, sino que se limita a prepararla mediante la constitución de la obligación de llevarla a cabo; que el efecto inmediato de la perfección de la compraventa es el nacimiento de un vínculo obligatorio (art. 1450 CC); el efecto jurídico traslativo y real que se quiere al celebrar la compraventa tiene lugar con la entrega de la cosa, que es a la vez investidura de la posesión (o modo) y acto debido, es decir, pago o cumplimiento (arts. 609, 1095 y 1462 CC). Por tanto, tampoco es necesario que al perfeccionarse la compraventa por el consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio, el vendedor tenga poder de disposición sobre la cosa, lo ha de concurrir después, al realizarse el pago o entrega (art. 1160 CC), siendo así posible la compraventa de cosa futura.

relación contractual y libera a los compradores de su obligación “por considerar probada una sobrevenida imposibilidad de que obtuvieran financiación para cumplir la obligación de pagar el precio de compra”; el cierre para los compradores de los mercados de crédito es el fundamento fáctico de la estimación de la demanda para la Audiencia Provincial.

Sin embargo, considera el Tribunal Supremo –y esto a nuestro entender es correcto- la alteración de las prácticas imperantes en el mercado financiero no fue alegada en la demanda, que hubiera sido en el trámite procesal adecuado donde hubiera debido hacerlo, sino que fue al contestar la reconvencción cuando los compradores invocan la regla *rebus sic stantibus*; y no solamente lo hacen en un trámite procesal inadecuado, sino que, incluso, lo hacen sin identificar suficientemente los aspectos de ese cambio –aunque el Tribunal Supremo lo considera “notoriamente producido”- que pudiera haber influido en la alteración de la relación contractual; y, por último, además –último párrafo del FD 5-, considera el Tribunal que en el contrato se hizo una expresa previsión del riesgo de no poder atender al pago de la parte restante del precio, lo que no permitiría la aplicación de esta regla.

No obstante y rechazar el Tribunal, por ello, la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, aprovecha para enseñarnos (i) que “los contratantes deben cumplir sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho”; (ii) pero, cuando la previsión no es tan minuciosa, admite nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia la posibilidad de que una imprevista y extraordinaria mutación de las circunstancias tenga efectos en la reglamentación contractual.

Y es curioso observar cómo para recordarnos la regla *pacta sunt servanda* que alumbra la primera de las enseñanzas antes señaladas, transcribe, literalmente, en el párrafo cuarto del FD 5 de la sentencia, sin citarlo aquí, la regla del art. 6:111 (1)¹¹² PECL.

Encontramos aquí, por tanto, una forma de utilización indirecta de las reglas del articulado del Texto académico por nuestra doctrina jurisprudencial, en su cometido de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), al interpretar y aplicar nuestras fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales del derecho). No aplica como vinculante el art. 6:111 (1) PECL, porque, evidentemente, el art. 1.6 CC se lo impide, al no ser fuente del Derecho; pero, en la interpretación de las fuentes del Derecho, el Tribunal Supremo está aquí

¹¹² “Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe...”

complementando nuestro ordenamiento jurídico con la expresión literal de una regla del articulado del Texto académico.

En la segunda de las enseñanzas antes citadas nos recuerda el Tribunal que se admite por nuestro ordenamiento jurídico el desatarse de la rígida vinculación contractual de aquel principio general, cuando se produce “una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias”, lo que nos recuerda también que ha sido objeto de estudio por la doctrina desde distintos puntos de vista o teorías, como la de la “continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita cláusula *rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*”, fórmula esta última especialmente utilizada por nuestra jurisprudencia para corregir la frustración económica del contrato en determinadas situaciones particulares.

Como refuerzo de la solución que se adopta en nuestro ordenamiento, el propio Tribunal supremo nos trae a colación las soluciones que en los mismos casos se da por otros ordenamientos de nuestro entorno, y nos cita el caso italiano, para cuando la prestación de cualquiera de las partes “è divenuta eccessivamente onerosa” (art. 1467¹¹³ Codice c.) y el caso portugués, simplemente en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar “*tiverem sofrido uma alteração anormal*” (art. 437¹¹⁴ CC português), así como los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, y nos cita los Principios Unidroit sobre los contratos

¹¹³ Art. 1467 Codice c. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

¹¹⁴ Libro II (Derecho de las obligaciones), Título I (De las obligaciones en general), Capítulo II (Fuentes de las obligaciones), Sección I (Contratos), Subsección VII (Resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias)

Art. 437 Condiciones de admisibilidad. 1.- Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una alteración anormal, tiene derecho la parte lesionada a la resolución del contrato, o a su modificación, según juicios de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecte gravemente los principios de buena fe y no estuviera cubierta por los riesgos propios del contrato. 2.- Requerida la resolución, la parte contraria puede oponerse declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior.

comerciales internacionales (art. 6.2.2¹¹⁵), los Principios de Derecho europeo de contratos (art. 6:111), o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en nuestro país (art. 1213¹¹⁶).

En realidad, no entra el Tribunal en esta sentencia a enlazar detalladamente los distintos supuestos de hecho relevantes del caso con los requisitos de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, por cuanto que, desde el punto de vista procesal, vino invocada extemporáneamente, y, además, no se identificaban en la demanda de manera suficiente los hechos relevantes para su aplicación. Sin embargo, si se hubiera hecho la invocación en el trámite procesal oportuno y se hubieran identificado los hechos relevantes constitutivos de los requisitos y condiciones para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, a nuestro entender, y en contra de la consideración del Tribunal, el que las partes hubieran previsto en el

¹¹⁵ Art. 6.2.1 (*Obligatoriedad del contrato*) Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

Art. 6.2.2 (*Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)*) Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Art. 6.2.3 (*Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)*) (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

¹¹⁶ Cap. VIII De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. **Art. 1213.** Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

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

contrato que la falta de pago de la parte del precio aplazado facultaba al vendedor para resolver el contrato o pedir su cumplimiento, no es exactamente establecer en el contrato la distribución de los riesgos que imposibilitaría la aplicación de la cláusula, sino trasladar al contrato la facultad de resolver las obligaciones que atribuye el contenido del art. 1124 CC para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. No es el riesgo contractual o legalmente establecido ante el incumplimiento, o consecuente del incumplimiento, a lo que se refiere la doctrina y los textos citados para que no opere esta posibilidad de resolución o modulación del contrato; se trata del riesgo contractual o legalmente establecido que impida el cumplimiento, no el consecuente del incumplimiento. Una vez sucede el incumplimiento, lo consecuente no es un riesgo, sino un efecto del incumplimiento, y es el posibilitar al cumplidor optar por resolver el contrato o exigir el cumplimiento.

En el caso de autos, está claro que una vez que los compradores incumplen su obligación de pago de la parte del precio aplazada, puede la vendedora optar entre resolver el contrato o exigir su cumplimiento. Pero la posibilidad de esta opción no es un riesgo que corren los compradores, sino los efectos de su incumplimiento. Sin embargo, lo que no estaba previsto en el contrato –ni legalmente le viene atribuido a los compradores– es el riesgo de que, llegado el momento, el cumplimiento de su obligación de pago de la parte aplazada del precio les llegara a ser de tal manera gravosa y por un cambio tan extraordinario e imprevisto de las circunstancias que efectivamente hubiera podido permitir la entrada de la aplicación de esta cláusula *rebus sic stantibus* que se considera implícita en los contratos.

De todas formas, lo cierto también es que, en el caso de autos, el Tribunal Supremo ataja a nuestro entender de manera correcta la cuestión litigiosa según fue planteada en la demanda y resuelta por la sentencia objeto del recurso, pues el fundamento jurídico cuestionado es el de si sobrevino o no una imposibilidad de cumplir la obligación de pago; es decir, no se cuestiona el objeto litigioso como revisable por mor de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino invocando que el pago de la parte del precio aplazado devino como cumplimiento imposible, en los términos de permitir quedar extinguida la obligación y a que se refiere el art. 1182 CC (para las obligaciones de entregar una cosa determinada, si ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido éste en mora) y el art. 1184 CC (para las obligaciones de hacer, cuando la prestación nace o deviene legal o físicamente imposible). Y, en estos términos, evidentemente no cabe aceptar el criterio de la Audiencia Provincial de que “el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores, ante la falta de entidad bancaria que financiara la operación”, salvo que expresamente se hubiera condicionado el pago a la posibilidad de financiación, que no era el caso, aunque realmente estuviera en la mente de los compradores acudir a este mecanismo crediticio, pero, aun así, resultaría muy forzado entender

que, ya entrada la crisis financiera cuando convienen las partes el contrato, y en tan solo 7 meses después de convenirlo, la imposibilidad de financiación en esta segunda fecha obedeciera a alguna circunstancia que no existiera y estuviera ya patente en la primera fecha, cuando se convino el contrato.

En consecuencia, coincidimos con el criterio del Tribunal cuando opone al Tribunal de apelación no haber deslindado suficientemente “la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra –que fue la asumida por los compradores- de la de obtener financiación bancaria”.

Y también para rechazar esta consecuencia jurídica, de la extinción de la obligación por no darse al caso el supuesto de hecho de una sobrevenida imposibilidad de cumplimiento, acude el Tribunal Supremo, en primer lugar, y como ordenamiento vinculante, a nuestro Código civil (arts. 1182, 1183 y 1184, especialmente); pero, en alarde de cultura jurídica para completar su interpretación, acude también a las fuentes antiguas –así la regla de que nadie queda obligado a lo imposible que reza en D. 50, 17, 185, como “*ad impossibilia nemo tenetur*”¹¹⁷-, a otros ordenamientos de nuestro entorno –como el art. 1256 y ss., del Codice c.; el art. 790 y ss., del C.C. português-, y los que antes ha referido como textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos –así, el art. 7.1.7 de los Principios Unidroit, el art. 8:108 PECL, y el art. 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

iii) STS (Sala civil) de 13 de febrero de 2013 (ROJ STS 598/2013). Ponente: Francisco Marín Castán

Hemos de adelantar que no cita expresamente aquí el Tribunal el art. 6:111 PECL, pero sí se refiere a que el planteamiento de la cuestión litigiosa respondería al esquema de las que se fundan en la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien que no podría accederse a su aplicación, no ya porque tampoco se ha invocado por las partes, sino porque de los hechos jurídicos relevantes resulta que no se daría uno de los requisitos exigidos, cual es el relativo a que la parte afectada no deba cargar con el riesgo del cambio de circunstancias, que es el requisito que exige el art. 6:111 (2-c) PECL.

El objeto litigioso se entabla entre la compañía Galp, como arrendadora, y la compañía Esplugues, como arrendataria, promovido por la primera en relación a un contrato de arrendamiento de estación de servicio, con abanderamiento y exclusiva de abastecimiento, celebrado entre ambas partes por un plazo de 100 años, prorrogables hasta otros 100 años a voluntad de la arrendataria, como

¹¹⁷ Según Celso, 8, “in impossibilium nulla obligatio est” (D.50,17,185).

consecuencia de la resolución comunicada e instada por la arrendadora con base o fundamento, de manera principal, en una alegada pérdida de confianza en la arrendataria, al haber disminuido el volumen de ventas, y, de manera subsidiaria, con base en su mero desistimiento unilateral del contrato.

El Juzgado desestima la demanda por no apreciar incumplimiento de la arrendataria y no ser causa de resolución la alegada por la arrendadora “pérdida de confianza”, ni que la arrendadora –Galp- no hubiera visto totalmente satisfechas sus expectativas económicas fundadas en la previsión del futuro volumen de ventas de la gasolinera. No hace el Juzgado ningún razonamiento acerca de la petición subsidiaria de resolución por desistimiento unilateral.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia del Juzgado, en cuanto no había estimado la petición subsidiaria, y estima en parte la demanda declarando resuelto el contrato por desistimiento unilateral de la arrendadora, si bien que condena a la misma a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de esta resolución contractual.

Los fundamentos de la sentencia de apelación, respecto de la petición principal, a la que no da lugar, son que el contrato litigioso –de arrendamiento de la estación de servicio, abanderamiento y suministro en exclusiva- no se fundaba en la confianza con la arrendataria, no tenía carácter personalísimo (“*intuitu personae*”), por lo que la pérdida de confianza en la misma no es causa de resolución; ni tampoco se acreditaba ningún incumplimiento contractual, por cuanto que lo acreditado es que, en definitiva, la arrendadora no obtenía los rendimientos económicos esperados de la operación comercial como consecuencia de la disminución del volumen de ventas de la estación de servicio, pero esto sucedía de manera generalizada a todas las gasolineras de la zona, por la liberalización del sector y consiguiente aumento del número de gasolineras, y por la apertura de cinturones de circunvalación que había traído consigo una disminución del tráfico por las antiguas carreteras nacionales (en donde se ubicaba esta gasolinera).

Respecto de la petición subsidiaria de resolución del contrato por desistimiento unilateral de la arrendadora, la sentencia de apelación la estima con el argumento de que “nadie puede ser obligado a permanecer vinculado por un contrato si no lo desea, sin perjuicio de asumir las consecuencias de todo orden que el incumplimiento puede generar con el ejercicio libérrimo de la facultad de apartarse del contrato”.

El único motivo del recurso de casación que interpone la arrendataria viene fundamentado en la infracción que estima producida por la sentencia de apelación de los arts. 1124 CC (por haberse declarado resuelto el contrato sin mediar

incumplimiento alguno) y 1256 CC (por resolver el contrato a la sola voluntad de la arrendadora pese a tener el contrato litigioso una duración determinada)¹¹⁸.

El Tribunal Supremo descarta la infracción del art. 1124 CC por la sencilla razón de que no tiene en cuenta la recurrente que la sentencia de apelación no había ya dado lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, y que expresamente declaraba incluso que no se había producido, por lo que huelga este motivo del recurso.

Y respecto de la infracción invocada del art. 1256 CC, lo estima infringido y da lugar al recurso de casación. Sus argumentos son que el contrato de arrendamiento por 100 años, prorrogable a otros 100 años, viene así convenido –y así también lo tiene en cuenta la sentencia de apelación– como consecuencia de que Galp adquiere la propiedad de la gasolinera mediante la adquisición de las acciones de una mercantil de las que eran titulares los mismos que después constituirían la mercantil Esplugues, para suscribir con Galp el contrato de arrendamiento, abanderamiento y exclusiva de suministro, por lo que el precio de la venta de las acciones para que Galp adquiriera la gasolinera no venía constituido solamente por el dinerario de 342 millones de pesetas, sino que, al tratarse de una operación comercial unitaria, también se tenía en cuenta el arrendamiento por ese tiempo tan dilatado de 100 años, prorrogable por otros 100 a voluntad de la arrendataria. No tenerlo en cuenta así –dice el Tribunal Supremo– y considerar el arrendamiento por tiempo indefinido cuando sólo habían transcurrido 8 años, sin plantearse siquiera si en tal caso lo procedente no hubiera sido su nulidad, con la consiguiente recuperación de la gasolinera por sus anteriores propietarios, o siquiera el ajuste de la duración del arrendamiento a los límites temporales del usufructo, como hace la jurisprudencia más reciente, era sustituir la voluntad de las partes por la del propio tribunal sentenciador y dejar la validez y cumplimiento del contrato al exclusivo arbitrio de la mercantil arrendadora –Galp–, lo que, evidentemente, infringe el art. 1256 CC.

Por tanto, estima el Tribunal el recurso de casación y nos explica que la realidad de lo sucedido fue otra cosa; y aquí es donde trae a colación la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero a título meramente aclaratorio y no porque hubiera sido objeto de alegación en el recurso. Lo sucedido –según el Tribunal Supremo– fue que el negocio no había respondido a lo esperado por Galp, pues el volumen de ventas de la estación de servicio fue disminuyendo a partir de la celebración de la operación comercial, pero por un cambio de circunstancias posteriores a la celebración del negocio, lo mismo que así también estaba sucediendo en todas las demás gasolineras de la misma zona, pues el sector se había liberalizado y esto hizo que aumentara el número de gasolineras, y además se habían diseñado y ejecutado urbanísticamente nuevos trazados de cinturones de

¹¹⁸ Art. 1256 CC. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

circunvalación, proyectados precisamente para disminuir la intensidad del tráfico por otras vías, y en concreto por las antiguas carreteras nacionales (zona en la que estaba ubicada esta concreta gasolinera), y esto sería, en realidad, el planteamiento de la cuestión, el de la posibilidad o no de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pero en el caso de autos –razona el Tribunal-, no puede invocarla la arrendadora (Galp) “por haberse celebrado los negocios coligados entre compañías mercantiles perfectamente conocedoras del mercado de distribución de carburantes y, por tanto, de los riesgos que a cada una asignaban los contratos...”, con lo que no se daría el requisito que para la aplicación de la regla del art. 6:111 (2-c) PECL se exige, de que no se le pueda exigir a la parte afectada en virtud del contrato “que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias”.

iv) STS (Sala civil) de 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2247/2013). Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz

Se ha de puntualizar, antes de nada, que esta sentencia resulta interesante por dos razones: la primera, porque al invocar la recurrente en casación la infracción del art. 1124 CC en relación con los PECL y la doctrina jurisprudencial que cita, señala el Tribunal –FD 2- que “Ante todo, debe precisarse que los principios del Derecho europeo no son normativa vigente y no pueden motivar un recurso de casación, por más que sean ilustrativos”; y la segunda, es que no aplica en este caso el Tribunal la regla de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino la doctrina de la base del negocio a que, en relación con dicha cláusula –dice-, ya han aludido antiguas sentencias que reseña.

La cuestión litigiosa proviene de un contrato de compraventa que se concierta el 21 de junio de 2006 sobre una vivienda en construcción y que la vendedora se obliga a entregar en marzo de 2007, si bien que esta entrega se llegó a ofrecer después, en concreto en abril de 2008, y en el que se convenía asimismo la subrogación en el préstamo hipotecario, que no se produjo por la negativa de la entidad bancaria a aceptarla.

En la demanda que formula la compradora solicita del Juzgado la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora en sus obligaciones de entrega en el plazo convenido y en la falta de subrogación en el préstamo, que se le había ofrecido; y la vendedora se opone y formula reconvención, exigiendo el cumplimiento del contrato.

El Juzgado de instancia y la sentencia de apelación coinciden en desestimar la demanda y declarar la obligación de la compradora de cumplir el contrato pagando la parte del precio pendiente y otorgando la compra en escritura notarial, por cuanto que no consideran incumplimiento alguno relevante de la vendedora,

ni por el retraso en la entrega de la vivienda, ni porque no le hubieran subrogado a la compradora en el préstamo hipotecario.

En el recurso de casación plantea la compradora la relación entre el retraso en el plazo de entrega (que estaba previsto para 2007 y se produjo en el 2008) y la negativa de la entidad bancaria a la subrogación del préstamo hipotecario, negativa ésta que obedecía a la crisis económica que precisamente se produjo en este lapso de tiempo que mediaba entre el plazo previsto de entrega y la entrega efectiva posterior, crisis que invoca como hecho notorio y que por su absoluta y general notoriedad no es preciso acreditar, según el art. 281.4 LEC.

Con este planteamiento formula su recurso la compradora invocando infracción del art. 1124 CC, pues el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda resultó ser esencial e impidió, por la crisis de entremedio, que la entidad bancaria aceptara la subrogación del préstamo hipotecario, y pone esta infracción del art. 1124 CC en relación con los PECL, que es por lo que frente a ello puntualiza el Tribunal que este texto –PECL- no es normativa vigente y no puede motivar un recurso de casación, por más que sus principios “sean ilustrativos”.

Una vez planteado así el recurso, considera el Tribunal que los pactos de un contrato pueden ser esenciales o no, según cada caso concreto, que en ocasiones se aplica esa esencialidad al pacto del plazo de cumplimiento del contrato y, así, un simple retraso –como cumplimiento defectuoso- puede llegar a dar lugar a la resolución cuando en el caso concreto implica un incumplimiento que provoca la frustración del fin del contrato, como dice que sucede en el caso de autos, en que, por coincidir ese retraso con la crisis económica, se impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario.

Para comprender el criterio del Tribunal se ha de tener en cuenta que, en el caso de autos, en el contrato así se pactaba expresamente que la compradora sabía y conocía que la vendedora había obtenido un préstamo hipotecario de una determinada cantidad de dinero, que se cuantificaba también expresamente, que en garantía se había gravado el inmueble en cuestión, y que “en el citado préstamo hipotecario se subrogará la parte compradora en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa, en el caso que opte por tal subrogación”. Y, como también se advierte y se precisa por el propio Tribunal, separados ambos pactos, el del plazo relativo a la entrega y el de la subrogación en el préstamo hipotecario, puede entenderse como insuficientes –cada uno por su lado- para dar lugar a la resolución del contrato (y así lo entendieron las sentencias de instancia), pero si ambos pactos se ponen en relación, “es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa” y, en consecuencia, procede la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora de un pacto esencial que ha frustrado el fin perseguido en el contrato.

Lo destacado de esta sentencia es que esos argumentos anteriores los subsume en la doctrina de la base del negocio, a la que dice ya han aludido anteriormente otras

sentencias del Alto Tribunal al tratar sobre la cláusula *rebus sic stantibus*; y, en concreto, se citan las antiguas sentencias del Alto Tribunal de 14 de diciembre de 1940, 14 de junio de 1943, 30 de junio de 1948, 12 de junio de 1956 y 23 de noviembre de 1962. Y respecto de esta última nos dice que rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y toma en consideración el desequilibrio producido entre las prestaciones, en cuanto tal desequilibrio afecta a la base del negocio, pues su concurrencia impide obtener el resultado propuesto y, con fundamento en el principio de la buena fe, se permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio.

v) STS (Sala civil) de 29 de octubre de 2013 (ROJ STS 5479/2013). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel

El pleito versa en relación a la acción de nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), en primer lugar, porque el contrato se le presentó a la demandante como de un seguro de cobertura al alza de los tipos de interés (la información del banco se denunciaba dolosa e insuficiente y parcial, al no darle la previsión de la bajada de tipos de interés y ocultar las desventajas) y, en segundo lugar, de manera subsidiaria, reclamaba la aplicación a la relación contractual de la cláusula *rebus sic stantibus*, al haberse producido una alteración extraordinaria de prestaciones.

El Juzgado de instancia (núm. 3 de los de Mahón), estima la demanda y anula el contrato en razón a los fundamentos de orden principal de la actora (por entender que había mediado error y viciado el consentimiento), sin entrar, por tanto, a las consideraciones expuestas de manera subsidiaria relativas a la invocada aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca mantiene la anulación

El Tribunal Supremo va a estimar el recurso de casación, por entender que el error vicio no reúne los requisitos exigidos para la anulación del contrato, pero advierte antes que, por congruencia, solamente va a estudiar si procede o no la anulación del contrato por el error vicio denunciado en la formación de la voluntad de la actora al contratar el swap, porque en la demanda no se alega ninguna otra causa de nulidad del contrato, como pudiera haber sido, una supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente, o un supuesto incumplimiento de los llamados códigos de conducta impuestos por normas jurídicas a empresas del tipo de la entidad bancaria demandada.

Deja en entredicho el Tribunal de esta manera que posiblemente por esa vía podía haberse conseguido la nulidad del contrato, pero que al no alegarse estas causas en

la demanda, no puede entrar a su conocimiento porque “la congruencia así lo impone” (FD 2).

Argumenta que, para que el error invalide la palabra dada –*pacta sunt servanda*– y desvincule al sujeto del contrato, es necesario que reúna unos requisitos determinados si no se quiere violentar otro principio también elemental, cual es el de seguridad jurídica; y estos requisitos son: que la representación equivocada sea realmente tal, es decir, que exista tal error; que sea además esencial, es decir, que se proyecte sobre el contenido de los elementos esenciales del contrato; y que sea excusable, es decir, que el sujeto no hubiera incurrido en el error si hubiera adoptado una diligencia razonable según las circunstancias. Y, sentadas estas bases sobre los requisitos del error para que pueda darse lugar a la invalidación del contrato por vicio del consentimiento, entiende el Tribunal que no se llenan por los hechos declarados probados, de los que no deriva que pueda entenderse una representación equivocada del negocio jurídico cuando se trata de “una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias”, que tampoco el error habría superado “el límite de los riesgos asumidos”, ni tampoco le habría sido excusable.

Y respecto a lo que nos interesa, en relación a la pretensión deducida de manera más subsidiaria en la demanda con fundamento en la cláusula *rebus sic stantibus*, para lo que se alegaba que se había producido una extraordinaria e imprevisible variación de los tipos de interés que provocó un desequilibrio de las prestaciones de cada parte que necesitaba su revisión o reajuste, reitera el Tribunal los argumentos de su anterior Sentencia 822/2012, de 18 de enero: (i) arranca sus razonamientos con asiento en el principio de la regla “*pacta sunt servanda*”, que dice –literalmente– “exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habrían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho...” (utiliza aquí el Tribunal la dicción casi literal del contenido del art. 6:111 [1] PECL, aunque no menciona la regla expresamente, pero sí lo hacía en la sentencia que cita –FD 5– y de la que transcribe el argumento). Y a renglón seguido añade (ii) que cuando la previsión de los contratantes no hubiera sido minuciosa en sus pactos respecto del cambio de circunstancias mediante condiciones suspensivas o resolutorias, se plantea la cuestión de “determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias...”, y esto, nos recuerda, ya ha sido tratado por la doctrina desde distintos puntos de vista (de entre los que nos señala el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio..., la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita cláusula *rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*) y también por la jurisprudencia que, utilizando especialmente la fórmula de la cláusula *rebus sic*

stantibus, se ha referido a la cuestión para destacar la admisión en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato en determinadas situaciones particulares (y nos reseña una larga lista de sentencias del Alto Tribunal).

Como refuerzo de la posibilidad de admitir la resolución del vínculo contractual, o su modificación equitativa, por estos cambios imprevistos de las circunstancias, avala su argumento el Tribunal en que también se admite en ordenamientos cercanos (citándonos los arts. 1467 y 1468 Codice c., para el caso de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando la prestación para cualquiera de las partes devenga “*ecessivamente onerosa*”, y también el art. 437 del CC português, en el simple supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar “*tiverem sofrido uma alteração anormal*”), en que goza esta posibilidad también de reconocimiento en los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (con cita del art. 6.2.2 de los Principios Unidroit y del art. 6:111 PECL) e incluso en que así también se admite en el art. 1213 de la Propuesta de Modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, fruto de los trabajos de nuestra Comisión General de Codificación, y que publica el Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Año LXIII, Enero de 2009).

Sin embargo, pese a que el Tribunal realiza ese gran esfuerzo en explayarse con citas de jurisprudencia y textos en que se estudia y posibilitan la resolución de la relación contractual, o cuando menos su revisión, en casos en que se produce un cambio imprevisto e imprevisible de las circunstancias del contrato del que resulte también una ruptura del equilibrio económico con excesiva onerosidad para alguna de las partes que no estuviera obligada a soportarlo en razón a los riesgos asumidos, cierra su motivación desestimatoria de este motivo del recurso con la escueta afirmación de que para ello “se exige, entre otras condiciones..., que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.

Es cierto que, en el caso de autos, al tratarse del contrato en cuestión, que es un complejo contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), su objeto era precisamente una incertidumbre, constituida por el devenir futuro y también incierto de los tipos de interés para los préstamos bancarios, por lo que son los cambios o riesgos de esa fluctuación de los tipos de interés lo que cada parte asume y lo que se constituye en el verdadero objeto del contrato. Y siendo así, es obvio que esa alteración de las circunstancias no es que fuera imprevisible para dar lugar a la posibilidad de aplicación de la regla que podría autorizar la revisión o resolución del contrato, es que esa imprevisibilidad es lo que constituye precisamente el objeto de este contrato, con lo que huelga toda otra consideración al respecto y quizás sea por ello que, sin otros preámbulos fácticos, el Tribunal zanja así la cuestión de esta manera tan escueta.

vi) **STS (Sala civil) de 18 de enero de 2012**
(RJ\2012\1604). Ponente: José Ramón Ferrándiz
Gabriel

El planteamiento del litigio es idéntico al ya expuesto y estudiado de las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013, por cuanto que versa entre la misma parte vendedora, la promotora Hogar y Jardín SA, respecto de otro contrato de compraventa de vivienda en construcción de la misma fecha -28/04/2008-, por el mismo precio, con la misma cantidad entregada a cuenta y mismas fechas de entrega de la vivienda, incluso con la misma parte compradora –Isidro y Benita- que en el que ha resuelto la STS de 18 de enero de 2013, y con la misma Ponencia –el Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Los planteamientos y peticiones de la demanda rectora del proceso son también los mismos: reclamación por los compradores de la resolución del contrato y devolución de la parte del precio entregada, con deducción de lo convenido como penalización, alegando como causa no “un simple capricho”, sino “la imposibilidad de obtener financiación para el pago del préstamo hipotecario resultante”; y oposición de la promotora, con reconvención de cumplimiento del contrato en base a la regla “*pacta sunt servanda*”, aprovechando los demandantes este trámite de contestación a la reconvención para hacer referencia a la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” en atención a la actual situación económica general y su repercusión en las relaciones contractuales.

En primera instancia el Juzgado de Castellón desestima la demanda y estima la reconvención; la Audiencia Provincial revoca esa sentencia y estima la petición de resolución de la compraventa porque considera que el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores ante “la falta de entidad bancaria que financiara la operación”.

Al ser los mismos hechos e identidad del conflicto y de las partes contendientes, así como el mismo Ponente, esta sentencia del Tribunal Supremo, por ser anterior, es la que calca íntegra y literalmente en sus fundamentos y argumentos jurídicos la STS de 18 de enero de 2013 que hemos expuesto en el apartado 2.3 anterior, a cuyo análisis y estudio nos remitimos.

b) Sentencias de las Audiencias Provinciales

i) SAP SEVILLA (sección 5ª) de 4 de junio de 2013 (ROJ SAP SE 1792/2013). Ponente: José Herrera Tagua.

Se formaliza inicialmente en fecha 18 de noviembre de 2004 un contrato de opción de compra entre URVICASA, en cuya posición después se subroga la sociedad DIR, y el particular F, por el que éste concedía a la otra parte por un tiempo cierto y en determinadas condiciones la facultad de decidir respecto a la celebración de un contrato de compraventa de unos terrenos para dedicar a la construcción de viviendas, pagando por esta facultad el precio de la prima en una determinada cantidad de dinero, y pactando que se permitía el apartarse de la compraventa (con el consiguiente reintegro de la prima) cuando se alterasen sustancialmente las previsiones contenidas en el Convenio Urbanístico de 16 de julio de 2004 formalizado por el Ayuntamiento y, entre otros, el particular F concedente de la opción, condiciones que se tenían en cuenta porque la optante se hacía cargo de los gastos derramados por la Comunidad de Propietarios, previa a la constitución de la Junta de compensación, los que derramase éste, así como los que deriven del mismo convenio, cantidades por estos conceptos que, a diferencia de la prima de la opción, que sí sería parte del precio, y como tal se descontaría, estos gastos, sin embargo, serían un añadido al precio y no se descontarían.

El plazo para el ejercicio de la opción fue objeto de ampliación mediante documento de 13 de noviembre de 2008, así como de ampliación también del importe de la prima de la opción.

La optante formula demanda contra el particular F (concedente de la opción) interesando el reintegro de los importes pagados como precio de la prima de la opción, al entender que concurría el supuesto de haberse alterado sustancialmente el Convenio urbanístico que se tuvo en cuenta para el otorgamiento del contrato y haberse alterado también significativamente, por ello, las cantidades que la optante debía pagar como gastos de desarrollo del planeamiento y gestión urbanística que, a diferencia del importe de la prima de la opción, no se descontaban del precio, por lo que suponía un incremento muy significativo del precio inicial.

El tribunal de apelación pone como premisa del principio de conservación de los contratos, y del negocio jurídico en general, lo que hace que la resolución contractual tenga un carácter excepcional y extraordinario, por lo que habrá de hacerse una interpretación rigorista y descriptiva de qué supuestos pueden provocarla y que se circunscriben a cuando se produce una quiebra básica de los elementos esenciales que frustren los intereses de la parte, todo ello en garantía del principio de seguridad jurídica –art. 1091 CC y aforismo *pacta sunt servanda*– y postula que mientras no se altere el contenido contractual vienen las partes

obligadas a respetarlo y cumplirlo en los términos estrictos pactados, aunque se modifiquen las circunstancias y factores que sirvieron de premisas al tiempo de su formalización.

Si se entienden producidas alteraciones sustanciales –dice- “podrá instar la aplicación de la cláusula, que se entiende implícita en toda relación contractual, *rebus sic stantibus*, que exige una modificación del vínculo obligacional, cuando por defecto o alteración de la base negocial, se ha producido una ruptura del equilibrio de prestaciones. Esta cláusula, aunque no tiene acogida legal explícita, es admitida en nuestro Derecho, según algunos autores por lo dispuesto en el art. 1258 CC, y tiene su fundamento en la idea de que si sobreviene un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, puede el obligado resolver el contrato que se le había hecho demasiado oneroso, fracturándose el equilibrio de las prestaciones inicialmente pactadas o instar la oportuna modificación adaptándose a las nuevas circunstancias, y de ese modo eliminar el desequilibrio en las prestaciones que se ha producido. En este sentido, la **Sentencia de 16 de octubre de 1989...**”, que con cita de las SSTs de 14 diciembre 1940, 5 junio 1945 y 17 mayo 1957, en relación con esta cláusula establece las siguientes conclusiones (alteramos el orden): a) que no está legalmente reconocida; b) pero que es posible que sea elaborada y admitida por los tribunales, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que sirve; c) que es una cláusula “peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente”; d) que se le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándosele solo efectos modificativos encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones, y e) que su admisión requiere como premisas fundamentales: (i) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, (ii) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y (iii) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Invoca también la STS de 20 de febrero de 2001 para señalar la conexión del problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias con el principio general de la buena fe, conexión que dice haber sido ya establecida, “sobre todo, por la ciencia y la jurisprudencia alemanas, que han fundado en el parágrafo 242 del BGB la posible modificación o resolución de la relación contractual, y que ha apuntado aquí un criterio similar la STS de 23 de noviembre de 1962, la cual liga con el art. 1258, como justa consecuencia de la buena fe en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad equitativa de las obligaciones; e inclusive, menciona una opinión doctrinal de la ciencia jurídica española, según la cual la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como la regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática”.

Y a continuación es cuando culmina su argumento con la cita y transcripción literal de los fundamentos jurídicos de la SSTS de 26 de abril de 2013 y 17 de enero de 2013, y de ésta transcribe que “en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación...

Y con estos argumentos señala que “sólo será posible apartarse del contrato de opción, en el caso de autos, cuando se trate de una alteración sustancial de las previsiones contenidas en el convenio, es decir, que sea relevante, primordial y básica”, lo que así considera producido toda vez que de los hechos relevantes del caso resulta una “base negocial” integrada por una contribución de gastos según el convenio de 2004 ascendente a la cantidad de 3’36 millones de euros, alterada posteriormente a 6 millones de euros por la modificación del convenio aprobada provisionalmente en el 2008, lo que supone un aumento considerable del precio definitivo de la compraventa que excedería de las previsiones que inicialmente tuvo en cuenta la parte para prestar su consentimiento.

Hasta aquí, y sin más detalles, podemos adherirnos a la argumentación del tribunal; sin embargo, aunque no bien planteado (por cuanto que se basa en infracción de la doctrina de los actos propios), el demandado oponía en el caso de autos que la alteración de las circunstancias sobrevenida en las condiciones del Convenio urbanístico de 2004, inicialmente tenido en cuenta para la formalización de la opción de compra y señalar el precio de la compraventa, había tenido lugar por medio de la aprobación provisional en junio de 2008 de la revisión de las Normas Subsidiarias (instrumento de planeamiento urbanístico en el que se incluían estos terrenos), y posteriormente, en fecha 13 de noviembre de 2008, se había modificado el contrato de opción de compra mediante la ampliación de la prima de la opción y el plazo, por lo que ya al tiempo de esta modificación del contrato de opción se conocía por el optante las nuevas previsiones urbanísticas y la incidencia en el Convenio urbanístico y, sin embargo, suscribe la modificación, cuando hubiera sido entonces que, conocidas ya las nuevas circunstancias y su incidencia en el contrato de opción, era cuando debía haber instado la resolución.

La oposición que formaliza el demandado se fundamenta en la infracción de la doctrina de los actos propios, al entender que no podía entenderse la resolución del contrato en base a una alteración de circunstancias que había conocido el demandante cuando suscribió la ampliación del importe de la prima y del plazo para el ejercicio de la opción de compra, y el tribunal considera que ese conocimiento no puede considerarse como acto propio “en el sentido de que esa alteración en los gastos urbanísticos fuera intrascendente y secundarios para la actora”.

Sin entrar al tema sobre si sería aplicable o no al caso de autos la teoría de los actos propios para impedir la resolución del contrato por considerar que el actor conocía, cuando suscribe la ampliación del importe de la prima y del plazo de la opción, las alteraciones del convenio en que ahora se basa para pedir la resolución del contrato de opción, por lo que entiende la parte demandada que no podría ir en este caso contra sus propios actos (el conocer la modificación del convenio y el seguir aceptando el contrato de opción, lo que se evidencia porque suscribe la novación de algunas de las obligaciones), que, lo que no puede obviarse, es que cuando el 13 de noviembre de 2008 se amplía esa prima y plazo de la opción de compra, se estaba realizando una novación de las iniciales obligaciones del contrato de opción de 2004, novación que supone la extinción de esas anteriores obligaciones y sustituirlas por las novadas, con persistencia de las demás obligaciones del contrato (principales y accesorias) que deben entenderse ratificadas (pues de lo contrario habrían de haberse novado también), con lo que surge una nueva relación contractual, y las circunstancias de hecho al tiempo de la creación de esta nueva relación contractual eran perfectamente conocidas por las partes en este momento..., y son las mismas que, ahora con tacha de alteradas, se hacen servir por la propia Sala para la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*...; también la base del negocio novado al que presta conformidad el demandante es la misma (la que ha desaparecido es la base del negocio anterior, pero porque se han extinguido algunas de las obligaciones del propio negocio y se han sustituido por las del nuevo, con nueva base negocial en su conjunto)...; y, tomando como referencia este nuevo negocio jurídico, una vez conocida la modificación del Convenio y, por tanto, aceptado, no puede afirmarse que haya devenido ninguna prestación más onerosa (la comparación de la excesiva onerosidad puede predicarse para con el anterior negocio jurídico, pero no para con el novado). Por tanto, con independencia de si procedía o no la aplicación al caso de la doctrina de los actos propios para impedir la resolución del contrato, lo que seguro no se daría es alteración de circunstancia alguna con respecto al negocio jurídico novado de 13 de noviembre de 2008 y su nueva relación contractual, no siéndole de aplicación entonces ninguna de las teorías (cláusula *rebus sic stantibus*, desaparición de la base del negocio y excesiva onerosidad) que el tribunal ha tenido en cuenta para decretar la resolución contractual.

ii) SAP TARRAGONA (sección 3ª) de 16 de julio de 2013 (ROJ SAP T 1363/2013). Ponente: Manuel Galán Sánchez.

Suscriben las partes litigantes en el mes de marzo de 2007 un contrato privado de compraventa de un inmueble por un precio de 318.500 euros pagando a cuenta los compradores la cantidad de 63.600 euros y el resto debía pagarse posteriormente, cuando se le entregara la vivienda y se les otorgara la compraventa en escritura

pública. Llegado este momento, para lo que son requeridos los compradores, éstos no comparecen, y formulan demanda contra la vendedora interesando (i) la resolución del contrato con base en haberse reducido la capacidad económica de los compradores como consecuencia del despido laboral, lo que considera constituye una circunstancia de fuerza mayor, y con base en que se le había denegado por el Banco el préstamo para la adquisición del inmueble, razones ambas que determinan la imposibilidad –alegan- de suscribir la escritura pública de compraventa; y (ii) consecuencia de este incumplimiento ofrecen a la vendedora indemnización de daños y perjuicios en el importe de 14.932 euros y, subsidiariamente, en 17.091 euros.

Es un hecho de relevancia jurídica para el tribunal el que según la correspondiente pericial el valor del inmueble en el año 2010 había caído a 236.496 euros (y la venta en el 2007, recordemos, era en 318.500 euros).

Analiza el tribunal para el caso concreto si las causas que invoca la actora para la exención de responsabilidad pueden incardinarse en el supuesto fuerza mayor para la aplicación del art. 1105 CC (“... *nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”), para lo que, con soporte en doctrina del Tribunal Supremo, considera que, entre otros requisitos (como que el suceso tenga lugar “a posteriori”), se requiere que se trate de hechos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables, lo que exige prueba cumplida y satisfactoria de quien los alega. Sin embargo, en el caso de autos coincide el tribunal con el Juzgado de instancia: que, al suscribir el contrato, correspondía a la parte compradora efectuar una previsión de su capacidad económica para hacer frente al pago del precio aplazado, “máximo si estaba próximo a cumplir los 65 años y jubilarse”.

Además añade el argumento de que en caso de que el despido se pudiera considerar como un hecho previsible, pero inevitable, tampoco podía darse lugar a la exención de responsabilidad por fuerza mayor solicitada con base en el otro supuesto de que se le hubiera denegado la financiación por la entidad financiera, al no haberse acreditado que la causa de esa denegación fuera el despido.

Y a efectos expositivos –porque el argumento al que nos vamos a referir no se había planteado en el pleito-, considera el tribunal que tampoco sería de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, respecto de la que señala se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo, y cita la STS de 17 de enero de 2013¹¹⁹, transcribiendo de la misma parte de su argumentación: que la regla de esta

¹¹⁹ STS de 17 de enero de 2013 que ya hemos anotado anteriormente y de la que hemos subrayado que alude a que en la actualidad se tiende a que esta cláusula en estudio se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales, como el art. 6.2.2 de los principios Unidroit, o incluso –y lo llama, refiriéndose a proyecto “de Derecho de la Unión Europea”- el art. 6:111 PECL, y proyectos nacionales, como es el art. 1213 CC en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación.

cláusula se reconoce por la jurisprudencia, pero siempre muy cautelosa en su aplicación por respeto al principio de vinculación del art. 1091 CC, máxime en los contratos de tracto único, como es la compraventa, y habiéndose rechazado por regla general para los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria y, concretamente, en compraventas de viviendas cuyo precio debía pagarse en tiempo más o menos próximo al inicio de la crisis económica, con razón en el argumento de que “el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado”.

Al hilo de esta argumentación hemos de recordar que, ciertamente, la jurisprudencia rechaza por regla general la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para los casos de dificultades de financiación devenida para el deudor con posterioridad a asumir la obligación de pago dineraria, como son los casos de que ha tratado en las sentencias que cita (SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004 y 1 de marzo de 2007), pero se ha de tener en cuenta que no sería el mismo caso cuando la financiación del pago dinerario ha sido ofrecido por el vendedor, por ejemplo, mediante la posibilidad hecha en la oferta comercial de venta con subrogación del comprador en la hipoteca del promotor, y así la STS de 16 de enero de 2013 (ROJ 1835/2013)¹²⁰, lo que también reconoce la propia STS de 17 de enero de 2013 que se invoca por el tribunal y de la que transcribe el reconocimiento de que puede aplicarse la regla *rebus sic stantibus* a “determinados casos de imposibilidad de financiación absoluta imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda” (y aquí no se está refiriendo a que ya en la oferta comercial la parte vendedora hubiera posibilitado al comprador la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor), sino que se amplían los supuestos a casos de “imposibilidad de financiación absoluta imprevisible”), pero, en todo caso, y en esto no ofreceremos discusión alguna, lo cierto es que esto “no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato”, pues con razón afirma que en última instancia se desvirtuaría, de permitirse, el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento” (pensemos en que el comprador siga interesado

¹²⁰ En algunos casos –como reconoce la propia Sala– el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto de la obligación pactada de facilitar la vendedora la financiación como una obligación accesoria, reflejada como un deber de actividad y no de resultado, pues también se posibilitaba al comprador el poder gestionarla por su cuenta. Pero no es el caso de autos en que ya efectuaba la vendedora en su oferta comercial como atractivo el que “en todo caso, si así lo desea el reservista se subrogará” en el préstamo hipotecario del promotor. Y aquí no entiende la Sala que se trate de una obligación secundaria o de actividad, sino de resultado, porque se le está asegurando al comprador la financiación, “en todo caso”, y al no haber aceptado la acreedora la subrogación del comprador, se ha frustrado el resultado del contrato. Y así lo interpreta la Sala porque, aunque toda subrogación requiere la aquiescencia del acreedor hipotecario (art. 1205 CC), en este caso la vendedora, como deudora hipotecaria, “se comprometió a que la entidad de crédito aceptaría la subrogación y no lo respetó”.

en comprar y alega imposibilidad de financiación so pretexto de poder comprar a un precio inferior).

iii) SAP VALENCIA (sección 6ª) de 7 de febrero de 2013 (ROJ SAP V 1904/2013). Ponente: María Mestre Ramos.

El Juzgado de instancia declara resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes el 14 de febrero de 2008, modificado después, el 18 de marzo de 2009, por incumplimiento de la promotora vendedora en la obligación de entrega de la vivienda según la fecha pactada del 17 de marzo de 2010, y condena a la vendedora y a la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana a devolver a la vendedora la suma entregada ya a cuenta del precio de la compraventa.

La Juzgadora de instancia se planteó si el que no estuviera la vivienda entregada y escriturada en la fecha convenida debía entenderse como incumplimiento esencial resolutorio del contrato, y así lo consideró porque así lo habían convenido las partes en el propio contrato expresamente que este incumplimiento permitiría al comprador resolver la compraventa.

La vendedora alega en su recurso que había finalizado la obra dentro del plazo pactado, pero se le desestima esta alegación porque la obligación no era acabar la obra, sino entregarla al comprador y otorgarle la escritura pública de venta en el plazo previsto, cosa que no hizo (no por no disponer de licencia de ocupación, sino porque para otorgar la escritura debía previamente inscribir la modificación de la declaración de obra nueva para adaptarla a los requerimientos de la Administración), por lo que, interpretando el art. 1124 CC según la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 3 de diciembre de 2008¹²¹ (RJ 2009, 525, de la que es ponente E. ROCA) y en las que ésta también cita, considera que aquella inicialmente voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento para dar lugar a la resolución del contrato debe matizarse y acoger la frustración del fin del contrato como un hecho incumplidor resolutorio, en línea que dice fundada en el derecho inglés y recogida en textos como el art. 8:101 (1) y 8:103 PECL, donde se recogen los supuestos del incumplimiento esencial resolutorio, entre los que se encuentran los casos en que la estricta observancia de

¹²¹ Por la fecha de la resolución judicial que comentamos podría haberse citado también, por cuanto que es sobre la misma cuestión y en el mismo sentido, cumpliendo así el requisito de cita de al menos dos sentencias del Tribunal Supremo, la STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 675, de la misma Ponente), y abundar, por cuanto que también interpretan el incumplimiento contractual a la luz de estos nuevos textos académicos (art. 8:101 PECL), con Sentencias más recientes de la misma Audiencia Provincial de Valencia, por ejemplo, de 4 de enero de 2012 (JUR 2012, 76249), de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012, 215418), 2 de marzo de 2012 de la misma sección 6ª (JUR 2012, 246978), 20 de marzo de 2012 (JUR 2012, 219427), entre otras muchas.

la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.

Para justificar la esencialidad del supuesto de incumplimiento, se ampara también la Sala –como hizo el Juzgado de instancia- en el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, de aplicación a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos vayan dirigidos a consumidores, en que se requiere ajustar esa oferta, promoción y publicidad a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si está en construcción o es una edificación concluida, y de manera que no induzca, ni pueda inducir a error en sus destinatarios..., y haciendo constar con toda claridad (así el art. 5.5) la fecha de entrega, entre otras condiciones, y de aquí concluye que el plazo de entrega es una obligación legal cuyo incumplimiento supone una violación de un beneficio establecido en favor del comprador y es elemento esencial del contrato de compraventa de vivienda.

Y con respecto a la cláusula *rebus sic stantibus* en estudio, es frente al recurso de la Sociedad de Garantía Recíproca (garante de la promotora frente a los compradores por las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compra de las viviendas en construcción) donde el tribunal argumenta que los contratos deben cumplirse a su tenor (art. 1091 CC), siempre que sus pactos se atemperen a la ley, a la moral y al orden público (art. 1255 CC), y que también “hay que tener en cuenta la admisión, muy cautelosa de la jurisprudencia de la modificación de la regulación contractual, ya sea por atender al hecho de la variación imprevisible de las circunstancias objetivas que alteran sustancialmente la base del negocio existente en el momento de contratar (STS 23 noviembre 1962 y 2 febrero 1966), ya por considerar que debe entenderse implícitamente puesta, al margen del tenor del contrato o de la expresión de voluntad contractual, una cláusula *rebus sic stantibus* que autorizaría la modificación (STS 23 marzo 1963, 28 enero 1970, 31 marzo 1960, entre otras), o bien teniendo en cuenta ambos criterios.”

La cuestión a destacar de las argumentaciones de este tribunal en este caso concreto es que, por una parte, en relación al incumplimiento contractual, con mayor o menor acierto, utiliza en sus razonamientos la interpretación de los preceptos legales a la luz de la jurisprudencia más o menos reciente –del año 2008-, en que se tienen en cuenta textos como el que nos ocupa de los PECL (y en concreto el art. 8:101 (1) y 8:103, relativos al incumplimiento contractual resolutorio). Sin embargo, respecto a la interpretación de los hechos jurídicos relevantes del caso puestos en relación con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, recurre a la doctrina jurisprudencial mucho más antigua, sin tener en cuenta que también ya se había pronunciado el Tribunal Supremo a la luz de los

mismos PECL, como la STS de 18 de enero de 2012 (RJ 2013, 1604), anteriormente comentada en este mismo capítulo.

iv) SAP ZAMORA (sección 1ª) de 28 de octubre de 2013 (ROJ ZA 361/2013). Ponente: Luis Brualla Santos-Funcia.

La sentencia de instancia desestima la demanda de la vendedora contra la compradora, a quien absuelve de la acción de cumplimiento del contrato al considerarlo resuelto: (i) por considerar probado que las partes ya habían llegado a un acuerdo verbal previo resolutorio, lo que deduce del retraso de la actora en la petición de cumplimiento del contrato; y (ii) por considerar que el incumplimiento en el pago del precio ha sido debido a una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, al no obtener la financiación.

La Sala de apelación revoca la consideración del acuerdo verbal previo resolutorio que basa la Juzgadora de instancia en lo inexplicable del retraso en el ejercicio de la acción, por cuanto el retraso, más que suponer un acuerdo verbal resolutorio de las partes vendría a ser lo que ya la doctrina del Tribunal Supremo denomina un “retraso desleal”, que implica que un derecho, en conexión con el art. 7 CC, no debe ejercitarse cuando su titular no se ha preocupado de hacerlo valer en tiempo suficiente para hacer creer objetivamente a la otra parte que ya no se va a actuar en su contra, pues la buena fe exige en el ejercicio de los derechos una conducta ética de respeto a la honradez y a la lealtad. Pero, en todo caso, y en el supuesto de autos, la Sala entiende que el transcurso de un año sin instar el cumplimiento del contrato tampoco supone este retraso desleal.

Y en cuanto a la causa de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida justificante del impago pactado, considera la Sala de apelación que la Juzgadora de instancia fundamenta su resolución en el art. 1105 CC, pero, en realidad, está aplicando la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, atendiendo a la restricción del crédito para la financiación provocada por la crisis económica y a las consiguientes dificultades devenidas por ello para acceder a la compra de viviendas, en comparación con las circunstancias anteriores en que venía siendo fácil y habitual obtener esa financiación.

Y así es que no se puede confundir la dificultad, por muy extraordinaria que lo sea, con la imposibilidad, para la que se exige que sea plena y absoluta, y el hecho de que la compradora demandada no hubiera podido obtener la financiación esperada en un primer momento, no puede calificarse como un supuesto de imposibilidad plena y absoluta. Podrá tratarse de una dificultad extrema y extraordinaria, pero no una imposibilidad plena y absoluta.

Se hace eco la Sala de apelación de que en la actualidad, y como consecuencia de la actual y notoria crisis económica, se viene esgrimiendo ésta como fundamento

para renovar la vigencia del incumplimiento contractual por circunstancias imprevistas o por pérdida de la base del negocio, “*al punto –dice- de haberse detectado, por relevantes comentaristas, un cambio de tendencia en la doctrina jurisprudencial y en los textos normativos proyectados*”.

Se está refiriendo aquí el tribunal a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la que muestra un amplio conocimiento, como limitadora de la eficacia del principio de vinculación de las partes al contrato, y cuyo origen pone en los juristas de la Edad Media y en los canonistas, sin desconocer que fue abandonada en la codificación europea pero recuperada en algunos códigos modernos – refiriéndose al italiano, al portugués y al alemán, que después expresamente citará-, sabedora también de que ha sido tradicionalmente objeto de interpretación restrictiva por la jurisprudencia (con cita de las más antiguas: SSTS 14 diciembre 1940, 13 abril 1941, 17 mayo 1957; en las que dice se sistematizan los requisitos de aplicación de esta regla “con adjetivación superlativa”, hasta el punto de resultar abrumador el balance de sentencias que han desestimado pretensiones de apartarse de lo convenido por circunstancias muy extraordinarias que lo sean) y sigue siéndolo, pese a haber sido recogida en textos internacionales como el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit, o el art. III.-1:110 del CFR, y en normas proyectadas, como el art. 1213 de la propuesta de anteproyecto de reforma de nuestro Código civil, para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, sintetizando como requisitos para su aplicación:

“a) La presencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, en relación con las existentes cuando éste se perfeccionó. De ahí su aplicación preferente en contratos de tracto sucesivo o con prestaciones aplazadas.

“b) La constatación de una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo posible, entre las prestaciones de los contratantes, con eliminación del principio de equivalencia

“c) Que tal situación sea consecuencia de circunstancias imprevisibles, ajenas por completo a la capacidad de influencia de los contratantes

“d) y, sobre todo lo anterior, su configuración como un remedio de carácter subsidiario, solo posible si se carece de otra posibilidad de acción

Con estos presupuestos aplicados al caso de autos, resulta congruente que el tribunal de apelación revoque la sentencia de instancia para no dar lugar a la resolución del contrato, una vez que descarta el pretendido acuerdo verbal resolutorio de ambas partes, al considerar “radicalmente insuficiente” solamente invocar la existencia de una situación de crisis económica, por muy grave que ésta lo sea, pues, entre otras circunstancias, no se prueba la situación económica de la parte que para el cumplimiento sufre las consecuencias de este crisis, y no se acredita tampoco por qué razón ha podido financiar últimamente, en cambio, la

compra de otra finca en otro lugar y, sin embargo, no obtiene financiación para poder cumplir con el pago de la compraventa de autos.

La justificación de la postura de la Juzgadora de instancia, que la Sala de apelación revoca, tiene su fundamento en el criterio que se sostenía por la Audiencia Provincial de Castellón al preconizar como criterio general de Sala el acceder a la resolución del contrato de compraventa en los casos, entre otros, en que se deniegue la financiación prevista al suscribir un contrato como medio para posibilitar el pago del precio aplazado, lo que supone una verdadera imposibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del comprador, o cuando se pierde la fuente de ingresos con que contaba (por ejemplo, venir al paro), es decir, una imposibilidad subjetiva, que si se acredita reiterada, es decir, si no puede el comprador cumplir tras haberlo intentado reiteradamente y serle denegada la operación por diversas entidades bancarias, sin que conste que le es imputable al propio comprador, se consideraría causa de resolución del contrato.

Sin embargo, esta postura de la Audiencia Provincial de Castellón ha sido objeto de revisión y casación por la STS de 17 de enero de 2013 (objeto de comentario anteriormente), en la que, entre otras consideraciones, establece que la cláusula *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Pero esto no significa tampoco que –como también reconoce la Sala- la regla de la cláusula *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles, máxime ante una recesión económica como la que padecemos, de efectos tan profundos y tan prolongados, si el contrato se hubiera celebrado antes de que esta crisis se manifestara, siempre que concurran en cada caso concreto los demás requisitos que la jurisprudencia considera imprescindibles, permitiendo que su interpretación incluso se haga a la luz de las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones a que ya se ha hecho referencia y de textos como los PECL –art. 6:111-, a que también nos hemos referido reiteradamente; pero, insiste, que esta regla pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda, no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato.

v) SAP ZARAGOZA (sección 4) de 22 de marzo de 2010 (ROJ Z 441/2010). Ponente: Juan Ignacio Medrano Sánchez.

La sentencia de instancia estima la demanda y condena al demandado (comprador) a la obligación de otorgar la escritura pública de la compraventa y a pagar a la actora (vendedora) el importe del precio aplazado, al tiempo que desestima la reconvencción dirigida a la resolución del contrato con base en el retraso en la entrega de la vivienda.

La Sala de apelación confirma la sentencia al considerar que para que el retraso en la entrega sea causa resolutoria del contrato, o bien el tiempo en la entrega hubo de haber sido convenido como elemento del contrato con ese carácter esencial, o bien el retraso haber llevado a la frustración del interés del comprador; en otro caso, a lo más que puede conducir el retraso es a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten causados.

En su argumentación, entre otros, reclama la Sala de apelación los razonamientos de la STS de 17 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 675, Ponente E. ROCA) en la que se hace uso para la interpretación de nuestras normas del art. 8:103 PECL, en donde se establecen como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte, (a) el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; (b) por otra, cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato¹²²; y (c) por otra, el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento.

Al segundo de los supuestos se le habrá de complementar –aunque lo haya omitido el Tribunal– que incluso cuando el incumplimiento privara sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas derivadas del contrato, no se incurriría en causa de resolución si la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado (y así también el propio art. 8:103 PECL), por cuanto que la finalidad y justas expectativas del contrato no son las que se represente subjetivamente una sola de las partes, si en la misma representación subjetiva no es coincidente la otra parte, sino la representación objetiva o en buena lógica a que el contrato en particular conduce (por ejemplo, en buena lógica espera el comprador, y de ello se deben hacer ambas partes una representación objetiva, el adquirir la propiedad de la cosa objeto de la compraventa, aunque la compraventa no sea título traslativo de la propiedad).

¹²² Art. 8:103 (B) PECL El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (b) cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

Y el caso de autos lo incardina el Tribunal en el segundo de los supuestos, por cuanto que de la prueba practicada en el proceso –dice- se concluía que el incumplimiento del plazo no había privado sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado, ya fueran cinco, o bien ocho, los meses de retraso en la entrega, pues el tiempo de la entrega no se había convenido como esencial, ni tampoco nada se había así expresado en la demanda reconventional, ni tampoco que hubiera frustrado el interés contractual..., por lo que no resultaba pertinente dar lugar a la resolución del contrato y lo que de verdad motivaba al comprador a pedir la resolución no era el retraso, “sino los cambios del mercado inmobiliario, ahora bajista y en unas condiciones en las que sería verosímil pensar que el precio de la vivienda fuera algo, no mucho posiblemente, inferior al precio que se acordó en el contrato privado.”

Y también se desecha en el caso de autos, tanto por el Juzgado de instancia, como por el Tribunal de apelación, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, entendiendo que el cambio en el mercado inmobiliario, ahora bajista, no aparecía extraordinario, ni tampoco de todo punto “impredecible”, sino más bien “un cambio de ciclo razonablemente esperado”.

c) Análisis de compatibilidad con el Derecho español.

Si recordamos lo expuesto respecto a la construcción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* por nuestro Tribunal Supremo, recordada en la STS 711/2013, de 27 de noviembre (ROJ 2013, 7874) que se remite a su anterior Sentencia de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023), en la que, a su vez, se acogen los argumentos de las más antiguas (SSTS de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698), sintetizábamos al respecto que:

- La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida (tampoco prohibida).

Nuestro ordenamiento positivo no la recoge, excepción hecha del ordenamiento navarro que sí la recoge en el párrafo tercero de la Ley 439 FN, cuando, al referirse a las obligaciones en general, nos dice que son “de largo plazo o tracto sucesivo”...(...) y que, cuando “... durante el tiempo de cumplimiento se altera fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes”..., podrá esta parte solicitar “la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

- Que aunque legalmente no está reconocida en el Derecho común, esto no es óbice para que el Tribunal Supremo considere, como así ha

considerado, que se trata de una cláusula de elaboración doctrinal y que, por sus principios de equidad, existe la posibilidad de elaboración y aplicación también por los Tribunales.

Y, de hecho, así es que los Tribunales, en la mayoría de los casos rechazándola, han venido elaborando los supuestos y requisitos para su aplicación.

- Que se trata de una cláusula, en todo caso, “peligrosa”, y, de invocarse su aplicación, debe hacerse “cautelosamente”.

Esta caracterización se hace por el Tribunal con base en que prima en nuestro ordenamiento la ancestral idea de férrea e insoslayable vinculación de las partes a las obligaciones contraídas por medio del contrato y orillar su respeto supondría faltar al pacto y poner en serio riesgo la seguridad jurídica que garantiza aquella vinculación (*pacta sunt servanda*). Por tanto, aunque sea por excepción que haya de doblegarse el principio de la vinculación de las partes a sus pactos, debe hacerse con extremadísima cautela por el peligro que supone para la seguridad jurídica la revisión, modificación o resolución de las obligaciones contenidas en el contrato.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1258 CC dispone este principio general de la vinculación de los contratos estableciendo que desde que se perfeccionan por el mero consentimiento “obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Se recoge aquí por el codificador español en el s. XIX la cláusula edictal *pacta conventa servabo*, con la que el Pretor vino a defender el acuerdo libremente concluido entre dos sujetos, aunque fuera de manera informal, siempre que lo fuera sobre la base de la *bona fides* recíproca y sin contrariar el ordenamiento jurídico. De esto se nos da noticia en D. 2, 14, 7, 7 [Ulp. 4 *ad ed.*] al tratar sobre el efecto defensivo de los pactos, que, como se sabe, en un primer momento sólo originaban una excepción que podía oponer el demandado frente a la acción ejercitada en su contra (los llamados *nuda pactio* o “pactos desnudos”)¹²³, salvo que se tratara de acciones *ex bona fide*, en cuyo caso los pactos añadidos al contrato (*pacta adiecta*, o “pactos vestidos”) se sancionaban por la misma acción del contrato¹²⁴, o de los “pactos legítimos” que se derivaran de una ley (pacto de

¹²³ D. 2,14,7,4 (Ulp. 4 *ad ed.*) <<*Sed quum nulla subset causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*>> (= Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción.

¹²⁴ D. 2, 14, 7,5 (Ulp. 4 *ad ed.*) <<*Quin imo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis; solemus enim dicere, pacta convent inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo,*

dote, de donación o de compromiso), y de los “pactos pretorios” (como, por ejemplo, el *pignus*¹²⁵ o el *constitutum* y los distintos tipos de *recepta*), que se hacían valer tanto a través de la *exceptio* como de la *denegatio actionis*.¹²⁶

- Que, en todo caso, la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus* requiere como premisas fundamentales: (a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por el aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y (c) que todo ello acontezca por sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles.

Los PECL parten asimismo de la regla general de que las obligaciones deben cumplirse según se convienen en el contrato, aunque por un cambio de las circunstancias nos suponga un mayor coste la ejecución de la prestación o aunque obtengamos menor valor de la contraprestación (art. 6:111 [1]). La excepción viene a continuación (art. 6:111[2]) cuando ese cambio de circunstancias y los efectos de tal cambio, reúnan unos determinados requisitos:

Respecto del cambio de circunstancias, debe éste: en primer lugar, sobrevenir a las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de perfeccionar el contrato (art. 6:111[2.a]); en segundo lugar, que se trate de un cambio de circunstancias imprevistas e imprevisibles en el momento de contratar (art. 6:111 [2.b]), desde un punto de vista razonable.

non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascitur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim; hoc non valebit, ne ex pacto actio nascitur>> (=Antes bien, a veces forma la misma acción, como en los juicios de buena fe, porque solemos decir, que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Mas esto se ha de entender así, que, si los pactos subsiguieron inmediatamente, estén comprendidos también por la parte del actor; mediando intervalo, ni lo estarán, ni valdrán, si demandare, a fin de que del pacto no nazca acción. Como, por ejemplo, se convino después del divorcio que no se devolviera la dote en el tiempo de dilación establecido, sino inmediatamente; esto no valdrá, para que no nazca acción del pacto.).

¹²⁵ D.2,14,17,2 (Paulo 3 ad ed) <<De pignore iure honorario nascitur pacto actio, tollitur autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam>> (= Por el derecho pretorio, la acción de prenda nace de un pacto, pero se extingue por la excepción, siempre que pacto que no pediré).

¹²⁶ D. 2, 14, 7, 7 (Ulp. 4 ad ed). *Ait praetor: <<Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta [decreta] edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo>>*. De esta forma se nos informa que decía el Pretor: <<Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo malo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, [decretos] o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos>>.

Respecto de los efectos de ese cambio de circunstancias: en primer lugar, que tal efecto no resulta de un riesgo en el cambio de circunstancias atribuido a la parte afectada en el propio contrato o en su propia regulación normativa (art. 6:111 [2.c]), y, en segundo lugar, que el cumplimiento de la prestación, como consecuencia de ese cambio de circunstancias, resulte excesivamente gravoso (art. 6:111 [2]) para el deudor.

Por tanto, vemos que se contemplan así en el art. 6:111 PECL los mismos requisitos configurados por la jurisprudencia para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias, que produzca en la relación prestación-contraprestación una desproporción exorbitante (con efectos desgarradores para el contrato, que lo derrumben, que aniquilen el equilibrio de las prestaciones), fuera de todo cálculo –es decir, imprevista e imprevisible.

La diferencia la encontramos en relación al procedimiento de aplicación de la regla y sus efectos. En cuanto al procedimiento, los PECL obligan a las partes a sentarse a la mesa y negociar el reequilibrio de sus prestaciones, sin abandonar la negociación injustificadamente, so pena de que, ante la negativa de cualquiera de ellas a negociar, o la ruptura injustificada de la negociación, le supondrá añadir, a los efectos resolutorios o modificativos del contrato, los efectos resarcitorios del daño por su negativa o por su abandono de la negociación.

Sin embargo, esta diferencia de procedimiento es más bien aparente que real, por cuanto que lo normal será siempre que las partes discutan sus divergencias antes de acudir a los Juzgados; y aun así, una vez entablado el procedimiento judicial – si es que se trata de un procedimiento ordinario, que será lo habitual-, las normas de encauzamiento del pleito exigen que, después de la fase de las alegaciones de demanda y de la contestación, o, en su caso, reconvencción y contestación a la reconvencción, las partes sean citadas a un trámite de “audiencia previa” que el art. 414 y ss. LEC ordena llevar a cabo para, entre otras finalidades (como examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a su prosecución, o fijar con precisión el objeto del proceso y los hechos relevantes), la fundamental de “...intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”. Esta es la primera actuación de este trámite (art. 415.1 LEC): el intento de conciliación o transacción.

Por último, en cuanto a los efectos, la regla de los PECL posibilita la revisión y modificación de la relación contractual, o bien su extinción; respecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia viene atribuyendo exclusivamente efectos modificativos, pero no resolutorios, si bien que tampoco éstos los descarta de manera expresa.

V. UTILIZACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LAS REGLAS SOBRE INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

A. Introducción.

Bajo el título de este capítulo, para tratar sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales y los recursos que, en general o específicamente, se arbitran por el ordenamiento jurídico para proteger el derecho del *creditor* frente al *debitor* respecto del *debitum*, hemos incluido los dos capítulos que contienen las reglas de los PECL que pretenden su regulación; el primero –el capítulo 8-, que trata sobre el incumplimiento y los recursos de protección en general; y, el segundo –el capítulo 9-, que versa sobre los específicos recursos de protección del *debitum* para el caso de incumplimiento, tales como el derecho a exigir el cumplimiento –sección 1-, la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*) –sección 2-, el derecho a la resolución del contrato –sección 3-, a la reducción del precio –sección 4- y a la indemnización por daños y perjuicios –sección 5.

Nuestro método de trabajo será el análisis de nuestra jurisprudencia en esta materia, a la luz de las específicas reglas de los PECL que ya se citan por los Tribunales, por lo que adelantaremos al final de esta introducción su texto completo, para su comparación con la norma de nuestro ordenamiento positivo y con la jurisprudencia anterior, sin dejar de lado en este análisis la Historia y el Derecho comparado, lo que nos permitirá el desarrollo orgánico de nuestros razonamientos y argumentos en la obtención de nuestras conclusiones.

Para todo ello precisaremos, primero, partir de una exposición teórica y breve de la categoría jurídica del cumplimiento.

Comenzaremos, por tanto, con una transitoria exposición evolutiva de la materia objeto de estudio, tal cual ha sido entendida por la doctrina en su planteamiento y evolución, con sus interpretaciones dogmáticas y sus lagunas y deficiencias, para comprobar, mediante el estudio de la reciente doctrina jurisprudencial, si pueden irse complementando aquellas lagunas con las nuevas reglas –si es que vienen a ser nuevas para nuestro ordenamiento- que emanan de los PECL; y, en su caso, hasta qué punto pueden ser compatibles con los fundamentos de nuestro Derecho de obligaciones y contratos.

Cuestionamos hasta qué punto pueden ser compatibles con nuestro orden legal, pues, ya avanzamos, en el Capítulo 8 de los PECL se construye un sistema de responsabilidades contractuales que, en principio, podemos decir que difiere del

establecido por nuestro ordenamiento positivo, al unificar el concepto de “incumplimiento” y definirlo –en el capítulo 1, relativo a las disposiciones generales, y en su concreta sección sobre terminología y definiciones- como término que designa “cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”.

Y en el Capítulo 9 se construye todo un conjunto de remedios específicos que veremos también si difieren de los que arbitra nuestro ordenamiento como solución para los diferentes casos de incumplimiento contractual.

Hemos de indicar también que haremos alguna referencia reiterada a la obra del Prof. Luís Díez-Picazo, y en especial a sus “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” (Thomson-Civitas, 2008), por cuanto que en su labor de estudio ha desarrollado, y desarrolla, una extensa labor en la modernización del Derecho de obligaciones español, como Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, que, como se sabe, es el máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas pre-legislativas. Bajo su presidencia se han impulsado los trabajos preparatorios de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Libro IV de nuestro Código Civil), cuya exposición de motivos ya se inicia en la afirmación como inequívoca de que “[M]uy pocas personas habrá que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos..., donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron promulgados y puestos en vigor en 1889”. También su obra viene reseñada como bibliografía utilizada los propios redactores de los PECL, junto con otras obras de otros autores españoles, como Manuel Albaladejo (Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales -1978, 2ª ed. 1982), Alfaro (Las condiciones generales de la contratación -1991-), Ricardo de Ángel Yagüez (Tratado de responsabilidad civil, 3ª ed. 1993), R. Bercovitz (Comentarios a la Ley de arbitraje -1991; Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios -1992; Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil), Carrasco Perera (sobre el art. 1106 CC, en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, 1989, T. XV, 1, dir. Manuel Albaladejo), Castán Tobeñas (Derecho Civil Español Común y Foral, vol. III -1978), S. Durany (Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta, en ADC, 1992, 1011), Font Galán (La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa, CDC, 4, 1988-7), Joaquín Garrigues (Tratado de Derecho Mercantil, vol. III, I -1963), F. Jordano Fraga (La responsabilidad contractual, 1987), Lacruz Sancho, Delgado y Rivero (Derecho de obligaciones, vol. I, 2ª ed. 1985-87; I y II, 3ª ed. 1995), Lasarte Álvarez (Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación, RDP, 1980, 50; Principios de derecho civil, III, § 3.6 c) -3ª ed. 1995), Pantaleón Prieto (El sistema de responsabilidad contractual, ADC-1991-

III, 1019-1091; Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, ADC 1993-IV, 1719-11745), Santos Briz (La responsabilidad Civil, 3ª ed. 1981), y Vicent Chuliá (Compendio crítico de Derecho mercantil, 3ª ed. 1990).

Por último, y como antes hemos adelantado, exponemos a continuación texto de las reglas de los PECL que han sido citadas por la Jurisprudencia española:

Capítulo 8 Incumplimiento¹²⁷ y recursos en general

Art. 8:101 Medios de protección del crédito

- (1) Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al art. 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9
- (2) Cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al art. 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios.
- (3) La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte.

(...)

Art. 8:103 Incumplimiento esencial

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:

- (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forma parte de la causa del contrato
- (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado
- (c) O cuando el incumplimiento es intencionado y da motivos a la parte perjudicada para entender que más adelante ya no cabe contar con el cumplimiento de la otra parte

(...)

Art. 8:106 Comunicación de la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento

- (1) En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al pago, comunicándole dicha decisión
- (2) En el transcurso de dicho plazo adicional, la parte perjudicada puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus correlativas obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no puede utilizar ningún otro recurso. Ante una comunicación de la otra parte informándole de que la deuda no se pagará en dicho plazo o si, vencido el plazo adicional, la obligación debida siguiera sin verse

¹²⁷ El art. 1:301 (4) PECL señala que “El término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”.

cumplida, el perjudicado podrá recurrir a cualquiera de los medios previstos en el capítulo 9

- (3) Ante un retraso en el pago no constitutivo de incumplimiento esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder al pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo prudencial desde el momento de la notificación.

(...)

Art. 8:108 Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

- (1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por una imposibilidad fortuita [que queda fuera de su control] y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicha imposibilidad o sus consecuencias
- (2) Cuando se trata solamente de un impedimento temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que es imposible la prestación. Sin embargo, si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal.
- (3) La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos respecto de la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación.

Capítulo 9 Recursos específicos en caso de incumplimiento

(...)

Art. 9:102 Obligaciones no pecuniarias

- (1) La parte interesada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias y a que se repare un cumplimiento defectuoso de las mismas.
- (2) Sin embargo, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando:
 - (a) El cumplimiento resulte ilícito o imposible
 - (b) Dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables
 - (c) El cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal
 - (d) O el perjudicado, de manera razonable, pueda obtener la prestación por otras vías
- (3) La parte perjudicada perderá su derecho a la pretensión de cumplimiento si no lo ejerce en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento

(...)

Art. 9:301 Derecho a resolver el contrato

- (1) Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte
- (2) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al art. 8:106 (3)

(...)

Art. 9:303 Comunicación de la resolución

- (1) La parte que ejerce su derecho de resolución debe comunicar este hecho a la otra parte
- (2) La parte perjudicada pierde su derecho a resolver el contrato si no ejercita su acción y así lo comunica en un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento
- (3) (a) Si hasta el momento en que vence la obligación no ha habido ofrecimiento de pago, la parte perjudicada no necesita comunicar su acción de resolución antes de que se produzca un ofrecimiento en tal sentido. Si posteriormente se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada perderá su facultad resolutoria si no ejercita su acción y lo comunica en un plazo razonable desde que haya tenido noticia del ofrecimiento o hubiera debido tenerlo
(b) Si, pese a todo, la parte perjudicada sabe o tiene motivos para saber que la otra parte tiene todavía intención de ofrecer el pago en un plazo razonable y así ocurre, aquélla perderá su derecho de resolución del contrato cuando sin razón no hubiera comunicado a la otra parte que ya no aceptaría el pago
- (4) Si conforme al artículo 8:108 una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación a consecuencia de una imposibilidad absoluta y definitiva, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad

(...)

Art. 9:307 Restitución de sumas de dinero

En caso de resolución del contrato, las partes tienen derecho a recuperar el dinero que hubieran pagado por una prestación que no hayan recibido o que legítimamente se hubieran negado a aceptar

(...)

Art. 9:501 Derecho a la indemnización por daños y perjuicios

- (1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del art. 8:108
- (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:
 - (a) Pérdidas no pecuniarias
 - (b) Futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente

(...)

- (1) Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado deberá recibir dicho importe con independencia del daño efectivamente causado
- (2) Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable si, en proporción al daño provocado por el incumplimiento y en función de las demás circunstancias, su importe resultara exagerado.

B. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones

El cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones son dos categorías jurídicas no muy bien acabadas en nuestros textos normativos, o al menos no perfiladas con la claridad necesaria, y en particular nos referimos al cuerpo normativo común del Código civil.

El título I del libro IV del Código civil, relativo a las obligaciones, distribuye su regulación en cinco capítulos: disposiciones generales, naturaleza y efecto de las obligaciones, diversas especies de obligaciones, extinción y, el último, se refiere a la prueba de las obligaciones¹²⁸.

No se contiene en el Código una regulación separada y general de lo que sea el cumplimiento y el incumplimiento de la obligación, su concepto, naturaleza jurídica y efectos. Hemos de entresacarlo de esos distintos capítulos del título referido a las obligaciones, e incluso del título referido a los contratos en general.

La falta de regulación sistemática de estas categorías jurídicas quizás es fruto de que tampoco fueron categorías que, ni en su origen, ni en su evolución histórica, han sido apropiadamente acuñadas y, menos aún, acomodadas después a la evolución que las propias obligaciones que constituyen su objeto han soportado en el devenir de la economía de intercambio de bienes y servicios a la que han

¹²⁸ En este capítulo último de las obligaciones se recogían los medios de su prueba, hasta que, con mejor criterio, por su relevancia más adjetiva que sustantiva, han sido trasladados al ámbito procesal por la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC), y derogados en el Código, por carecer de otra relevancia que la procesal (así se argumenta en la propia Exposición de Motivos (XI) del texto legal, para así, además, darle “la deseable unicidad y claridad”).

No parece apropiado que fuera en el Código Civil donde se regulara la prueba de las obligaciones. Por ejemplo, en sus disposiciones generales (arts. 1214 y 1215) se establecía que la prueba de la obligación incumbe a quien reclama su cumplimiento y su extinción al que la opone, e incluso establecía cuáles eran los medios de prueba que se debían utilizar y su propia regulación (instrumentos, confesión, inspección personal del Juez, peritos, testigos y presunciones).

servido y a la que vienen sirviendo en todo tiempo, desde su origen en aquella evolución de la desaparición de su carácter exclusivo personal por medio de la *lex Poetelia Papiria de nexis* (326 aC).

Hemos de tener en cuenta que las obligaciones también, como vínculo jurídico entre personas, fueron en su origen el resultado de una evolución o tránsito del ámbito de los ilícitos contra las personas y la propiedad en las sociedades primitivas (entrega de la persona culpable a la víctima) al ámbito de las relaciones personales y de intercambio mercantil en una sociedad algo más evolucionada, entonces, pero en modo alguno comparable aquélla con la sociedad actual, por lo que no debe considerarse tampoco aquel primitivo concepto muy acorde o válido para los tiempos modernos, aunque se siga utilizando la misma o semejante terminología [obligación, de *ob-ligare* (=atar), o *solutio*, de *solvere* (=desatar), como pago o cumplimiento; acreedor, de *creditor* (*credere* = acreditar) y deudor, de *debitor* (*de-habere* = tener de otro)¹²⁹].

Tampoco se mantiene incólume y con el mismo sentido la clásica tripartición del contenido (prestación) de las obligaciones (*dare facere praestare*¹³⁰) que aparecía en las fórmulas procesales a cargo del deudor. La obligación de “praestare”, por ejemplo, ya entonces en realidad consistía bien en un hacer, si de otorgar una garantía se trataba, o bien en un dar, cuando de responder por la integridad de algo consistía, como dar caución. Y, sin embargo, todavía hoy se mantiene en vigor en nuestro ordenamiento aquella terminología clásica, en el art. 1088 CC (“toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”).

1. Cumplimiento de la prestación obligacional

El cumplimiento de la prestación, vinculante por virtud de la relación obligatoria que la crea, en términos jurídicos, no es más que un hecho o un comportamiento del deudor coincidente con la actuación que se hubiera programado al constituir la relación obligatoria, por lo que debe ser en iguales términos satisfactivo para el

¹²⁹ Conviene aclarar que esta última terminología, *creditor-debitor*, con el significado expuesto de acreditar (el acreedor) y tener de otro (el deudor), surgió en el Derecho romano en la entrega de dinero en mutuo, en que el prestamista-*creditor* “acreditaba” el dinero entregado al prestatario-*debitor* y éste “lo tenía del otro” (*de-habere; debere*).

¹³⁰ D. 44, 7, 3 pr; “*dare*” en su sentido de atribuir el dominio de una cosa a otro, o hacerle titular de un derecho real; “*facere*” en su sentido amplio referido a cualquier actividad posible que no sea un atribuir la propiedad o un derecho a otro, incluido el “no hacer” o padecer (*pati*); y “prestar” en el sentido de responder por deudas ajenas (garante), de garantizar o dar caución personal o responder por la integridad de algo (*praes-stare* = salir como garante).

Gai. 4, 4; “... *nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quo dita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest...*” (= “... ues no se nos puede dar lo que es nuestro, ya que se entiende por dar lo que se da de forma que se haga de la propiedad del que recibe, y lo que ya es nuestro no se puede hacer más nuestro...”).

acreedor y, en consecuencia y al mismo tiempo, liberatorio para el deudor y extintivo de la propia relación jurídica.

Este cumplimiento disuelve el vínculo obligatorio y libera al deudor. Y es precisamente en este sentido en el que se ha de entender el término clásico de “*solutio*” (de *solvere*, desatar) o de “pago” (de *pacere*, pacificar, hacer la paz – *pax*-, apaciguar), es decir, entendido como el efectivo cumplimiento, entonces más bien de una obligación de atribuir el dominio o constituir un derecho real (*dare*), que de una obligación de hacer, o de no hacer, para las que se utilizaría mejor el término de *satisfactio* (de *satis-facere*, hacer bastante y suficientemente).

Conviene decir también que nuestro ordenamiento positivo –y la doctrina en general- utiliza de manera indistinta los términos “pago” y “cumplimiento” para referirse al cumplimiento de las obligaciones, si bien que solemos inclinarnos normalmente a la utilización de la locución “pago” para cuando de obligaciones son pecuniarias, y la de “cumplimiento” en los otros casos, añadiéndose la precisión por algún autor¹³¹ de que el término ‘pago’ en su sentido técnico y normal se refiere a la “ejecución efectiva de la prestación debida, con indiferencia de que su contenido sea de dar, hacer o no hacer”, y el de ‘cumplimiento’ opera en “aquellos casos en que puede afirmarse que se cumple la obligación porque se ha realizado el interés del acreedor por cualquier medio sin contar entre ellos los de ejecución forzosa”.

Desde un punto de vista efectivo, por tanto, el cumplimiento de una obligación no es más que un hecho, una actuación, un hacer del deudor, que consiste en la realización efectiva, bastante, suficiente y oportuna de la prestación objeto de la obligación.

Pero desde el punto de vista del Derecho –y ya así lo distinguían los juristas romanos- lo que importa es el efecto jurídico de esa actuación, que, en primer lugar, lo que produce es la disolución del vínculo, la disolución de la relación obligatoria (*solvere*, desatar)¹³²; y, en segundo lugar, también produce la liberación del obligado (deudor), a cuyo efecto utilizaban los juristas el término “*liberatio*”, con el mismo efecto que “*solutio*”¹³³.

¹³¹ CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL. El pago o cumplimiento de las obligaciones. Ed. Tecnos, 1986.

¹³² D. 46, 3, 52 “*Satisfactio pro solutione est*” (= La satisfacción [lo hecho suficientemente] se tiene por pago [*solutio*]).

D. 50, 16, 176 “*‘Solutionis’ verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; ‘solvere’ dicimus eum, qui fecit, quod facere promissit*» (= Está determinado que con la palabra «pago» [*solutio*] se ha de entender también toda satisfacción; decimos que “paga” el que hizo lo que prometió hacer), según Ulpiano, en Comentarios a Sabino, libro XLV.

¹³³ D. 50, 16, 47 “*‘Liberationis’ verbum eandem vim habet, quam ‘solutionis’*” (= La palabra ‘liberación’ tiene la misma fuerza que la de ‘solución’ –pago-), según Paulo en los Comentario sal Edicto, libro LVI.

Sin embargo, el principal problema no está ahora en determinar y categorizar los efectos del cumplimiento, sino en determinar cuándo ese comportamiento del deudor constituye realmente un cumplimiento efectivo, oportuno, completo y determinante de esos efectos satisfactivo y liberatorio. Para ello hemos de tener en cuenta que estaremos en presencia de una relación obligatoria que enlaza a dos entes normalmente contrapuestos (al acreedor con el deudor, y viceversa), confluyendo así dos esferas distintas de intereses, por lo que, según se contemple la prestación desde la posición del deudor o desde la posición del acreedor, entrañará un juicio de valor, respecto de su efectividad y oportunidad, quizás distinto para una que para la otra parte de la relación obligatoria.

El problema así planteado estaría resuelto si atribuimos al cumplimiento una naturaleza jurídica negocial, si entendemos que para que tenga lugar el cumplimiento satisfactivo y liberatorio se ha de producir entre ambas partes un acto negocial, un nuevo encuentro de las dos voluntades dirigido a acordar precisamente la extinción de la relación jurídica obligacional, porque será entonces mediante la manifestación de esa voluntad concorde entre ambas partes que se dará por cumplida la obligación (ofrecimiento de “pago” y aceptación, con la consiguiente extinción de la relación obligatoria y liberación del deudor).

Como argumento de esta concepción negocial¹³⁴ del cumplimiento de la obligación se ha utilizado el art. 1176 CC, al considerar que dispone que “[S]i el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida”, por lo que podríamos entender que se deduce que existe por parte del deudor una manifestación de voluntad –el ofrecimiento de pago- y por parte del acreedor otra manifestación de voluntad, por cuanto que puede negarse a

D. 46, 3, 54 “*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationem refertur, quam ad nummorum solutionem* (= La palabra “pago” [*solutio*] corresponde a toda liberación hecha de cualquier modo, y se refiere más bien a la sustancia de la obligación, que a la obligación [al pago] del dinero).

¹³⁴ Para MANUEL ALBALADEJO –Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º, Bosch, 1980; p. 121- “el pago, en cuanto ejecución de determinada conducta (acto) y en cuanto el deudor debe realizarlo es un *acto debido* que no tiene *necesariamente* carácter negocial, pero que puede tenerlo” (y resalta las expresiones de acto debido y de necesariamente). Y nos aclara que, así, el que se obliga a no hacer algo, cumple absteniéndose, y esta abstención u omisión no puede considerarse un negocio jurídico, pues se da el cumplimiento aunque esa omisión sea contraria a su voluntad; y no puede decirse lo mismo cuando la obligación consiste en una prestación que es en sí misma un negocio jurídico, pues el pago será ese negocio (v.gr., a cambio de una cantidad de dinero me comprometo con B a renunciar a un usufructo que tengo sobre una finca de C; mi cumplimiento para con B tendrá lugar mediante el negocio jurídico de la renuncia del usufructo). Sin embargo, en realidad, en este último ejemplo, en el negocio jurídico que ha dado lugar al pago no ha intervenido la voluntad del acreedor de la obligación, por tanto, el pago, que es para con el acreedor (B), no ha consistido en un negocio jurídico con el acreedor; el negocio jurídico ha sido la propia prestación, pero no para con el acreedor.

aceptar el ofrecimiento, y cuando esta negación es sin razón es cuando queda liberado el deudor mediante la consignación.

Es el argumento que ha utilizado la STS de 18 de noviembre de 1944 (RJ 1944, 1266)¹³⁵: la consignación, para que alcance efectos liberatorios, requiere un previo ofrecimiento.

La STS de 25 de febrero de 1963 (RJ 1963, 1188) también atribuye este carácter negocial al cumplimiento, al considerar que, tratándose de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación.

Estos criterios se han justificado –según el Profesor Cristóbal Montes¹³⁶- en la necesidad de solucionar los problemas coyunturales derivados de la devaluación de la moneda como consecuencia de la Guerra Civil (que recordemos finalizó en 1939) y la injusticia que supone dar a la entrega de la cifra de dinero convenida en el contrato el carácter y consideración de pago liberatorio del deudor, por lo que se justifica la necesidad de atribuir a la entrega una correlativa aceptación y conformidad del acreedor a los efectos del cumplimiento.

Sin embargo, sin que participemos personalmente en atribuir ese carácter o naturaleza jurídica negocial al cumplimiento de la obligación, también podría buscarse una justificación de carácter histórico más antiguo. En la clásica tripartición de las formas de prestación de la obligación (dar, hacer y prestar), la que consistía en dar (*dare*) hacía referencia a dar la propiedad o constituir un derecho real. El deudor debía hacer propietario al acreedor, o constituirle en titular de un derecho real, y esta atribución de propiedad no se realizaba para las cosas *nec mancipi* mediante la simple *traditio*, sino que era preciso un negocio jurídico posterior o simultáneo, como eran los actos formales de la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Lo mismo que para la constitución de un derecho real, en que el deudor cumple con su obligación cuando sobre la cosa que le pertenece y sobre la que ha de recaer ese derecho ejecuta el acto formal de constitución, por ejemplo, una *in iure cessio ususfructus*, o una *mancipatio* para a constituir la servidumbre rural a que se habría obligado.

Una vez desaparecidos esos modos formales de atribución de la propiedad en el sistema romano, y simplificado con la simple entrega y un modo traslativo (o quizás, mejor, adquisitivo), deja de tener sentido atribuir aquel carácter negocial a la obligación de hacer propietario (*dare*).

¹³⁵ Citada incluso por las más recientes SSTs 218/2010, de 9 de abril (RJ 2010, 3530), y 174/2006, de 2 de marzo (RJ 2006, 919).

¹³⁶ CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL. El pago o cumplimiento... op. cit. pág. 30 y ss.

En la compraventa, la obligación del vendedor no es hacer propietario al comprador, sino entregar la cosa objeto de la compraventa, y con la entrega paga (cumple) el vendedor la obligación principal de esa concreta relación contractual; otra cosa es que, mediante la entrega, se pretende por el comprador adquirir la propiedad, y, aunque por el vendedor se haya realizado la obligación principal programada con la entrega, no es válido el pago¹³⁷, ni se ha extinguido la relación obligatoria, y su responsabilidad alcanza todavía –salvo que se haya excluido expresamente- a la evicción¹³⁸.

Para Díez-Picazo¹³⁹, el argumento que la STS de 18 de noviembre de 1944 hace de los arts. 1166 y 1169 CC (para los casos en que se paguen cosas distintas de las pactadas), es que, para alterar la prestación proyectada al contraer la obligación, se requiere un nuevo acuerdo de voluntades entre las mismas partes que introduzca una nueva reglamentación en la relación jurídica.

En estos casos, en realidad no se está atribuyendo al cumplimiento (el pagar con cosa distinta de la pactada) un carácter negocial, sino que se está dando a la estructura de la relación jurídica obligacional primitiva una nueva configuración, de la que surge esa última prestación concreta como obligación.

Atribuir al cumplimiento una naturaleza jurídica negocial (exigir para el pago un nuevo acuerdo de voluntades acreditativo de la satisfacción del acreedor y de la liberación del deudor) es consecuencia de la concepción negocial y subjetivista de la propia obligación, que reduce la prestación a una mera actividad que el deudor debe realizar y que el acreedor tiene derecho a exigir, cuando, en realidad, para que el pago sea eficaz no se requiere una voluntad especial en el sujeto cumplidor, sino la propia existencia de la deuda; tampoco los vicios de la voluntad en el sujeto pagador interfieren en la eficacia del pago (un pago hecho por coacción o por amenazas no es inválido, sin perjuicio del ilícito en sí de la propia coacción o amenaza...).

Frente a esa concepción negocial y subjetivista del cumplimiento de la obligación encontramos posiciones objetivistas que señalan la eficacia del cumplimiento en la obtención del fin económico perseguido por la relación jurídica obligacional y en la realización del derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor, pasando a ser la responsabilidad (patrimonial) del deudor el punto relevante de la estructura de esa relación jurídica, con lo que, en contra de la reducción que para la prestación supone una concepción subjetivista, esta otra objetivista supone una ampliación del concepto de cumplimiento en que se difumina la conducta del

¹³⁷ Art. 1160 CC. En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla...

¹³⁸ Art. 1476 CC. Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador..., de todo o parte de la cosa comprada.

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Civitas-Thomson, 2008; p. 544.

deudor para dar carácter primordial a la obtención por el acreedor de la plena satisfacción de su interés.

De esta forma, la estructura de la relación obligatoria queda configurada entre dos polos: en uno el interés y derecho del deudor (posición pasiva) y en otro el interés y derecho del acreedor (posición activa). Y, en esta estructura, el derecho de crédito se orienta a obtener la prestación satisfactiva del acreedor, que, en caso de incumplimiento, se hace efectiva sobre el patrimonio del deudor.

De esta manera, el cumplimiento queda configurado como una satisfacción del interés del acreedor, tal cual hubiera sido configurado o programado en el momento de su constitución, y como liberación del deudor, todo ello con independencia de la intervención voluntaria o involuntaria del deudor, porque, en caso de negativa voluntaria a la realización de la prestación, ésta se obtiene y se hace efectiva sobre el patrimonio del deudor.

Son tres, pues, las coordenadas que hemos de tener en cuenta siempre para comprender el régimen normativo de la dinámica de la obligación: exactitud de la prestación que se ejecuta, satisfacción del acreedor y liberación del deudor¹⁴⁰.

Y esas tres coordenadas tienen que converger en la dinámica de la obligación mediante un hecho que suponga la realización completa de la prestación según fuera programada al constituirse.

Así, el pago realizado por un tercero entrañará una satisfacción del acreedor, pero no se habría dado la exactitud de la prestación que la programación exigía fuera realizado por el deudor, ni libera al deudor, que, salvo que hubiera sido el pago contra su expresa voluntad, seguirá obligado para con este tercero¹⁴¹.

La consignación realizada por el deudor ante la negativa del acreedor a aceptar la oferta de pago, entraña una liberación del deudor, pero no así la satisfacción del acreedor¹⁴². O la condonación de la deuda principal por el acreedor, que la extinguirá junto con las accesorias (pero no a la inversa)¹⁴³ sin, por tanto, dar satisfacción al acreedor, ni realizarse la prestación.

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Civitas-Thomson, 2008; p. 542 y ss.

¹⁴¹ Art. 1158 CC. Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

¹⁴² Art. 1176 CC. Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.

¹⁴³ Art. 1190 CC La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas dejará subsistente la primera.

El cumplimiento viene incluido en el Código Civil en el capítulo relativo a la extinción de las obligaciones¹⁴⁴, pero esta categorización objetivista, pese a que, en efecto, sea en realidad un modo más de extinción, sin embargo nos obliga a sacarlo de esa ubicación, porque encontrará mejor acogida entre los efectos de la relación jurídico-obligatoria: cumplimiento, incumplimiento y protección jurídica del acreedor (que son el cuadro completo de la eficacia de la relación obligatoria).

Hay autores que así lo encuadran al pago o cumplimiento como uno de los efectos de la obligación; Albaladejo¹⁴⁵, en la parte de su obra dedicada a la obligación en general, trata en el capítulo primero sobre la obligación (concepto, elementos y causa de la obligación), en el segundo sobre las clases de obligaciones, y en el tercero, bajo el título de efectos de la obligación se refiere en primer lugar al pago, después a la mora del acreedor y a la consignación, y en tercer lugar al incumplimiento y cumplimiento inexacto, todo ello como efectos de la relación jurídico-obligatoria. Díez-Picazo tampoco encasilla el cumplimiento en el capítulo de la extinción de la obligación, sino que lo encuadra bajo el título de la dinámica de la obligación¹⁴⁶.

Como conclusión, por tanto, podemos exponer que, para que el cumplimiento se tenga por tal, es decir, para que tenga plena eficacia (satisfactiva para el acreedor y solutoria para el deudor), deben darse determinados requisitos que afectan o son relativos (i) a los sujetos intervinientes en la relación obligatoria (capacidad y legitimación, tanto del deudor, como del acreedor), (ii) al objeto en que consiste la prestación (la identidad y la integridad de la prestación, tal cual haya sido configurada en el acto constitutivo de la relación), y (iii) a las circunstancias de tiempo y lugar en que debe realizarse la prestación (que deben ser según fueran esas circunstancias configuradas al constituirse el negocio jurídico obligacional).

Y también hemos de confesar que, así como en nuestro Código Civil no se hace un tratamiento sistemático y unitario del cumplimiento de las obligaciones, tampoco lo hacen los PECL, al que se le dedica el capítulo 7 para referirse sólo a determinadas cuestiones o circunstancias del cumplimiento: al lugar y momento de cumplimiento de la obligación (arts. 7:101 y 7:102), al cumplimiento anticipado (art. 7:103) al que pueden oponerse las partes salvo que no les perjudique de manera significativa, al orden de prelación en el cumplimiento de las prestaciones por las partes (art. 7:104), a la prestación alternativa (art. 7:105), al cumplimiento por tercero (art. 7:106), al modo y moneda de pago (arts. 7:107 y

¹⁴⁴ El art. 1156 CC dispone que las obligaciones se extinguen, entre otros modos que asimismo relaciona (como la pérdida de la cosa debida, la condonación de la deuda, la confusión de los derechos, la compensación y la novación), por el pago o cumplimiento; y a continuación reglamenta el pago en el art. 1157 y siguientes.

¹⁴⁵ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Derecho civil. II. Vol. 1. Bosch, 1980.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Civitas-Thomson, 2008. DÍEZ-PICAZO, LUIS; y GUILLÓN, ANTONIO. Sistema de Derecho civil. Vol. II. Tecnos, 1978.

7:108), a la imputación de pagos (art. 7:109), a la negativa a recibir la prestación (arts. 7:110 y 7:111), y a los gastos del cumplimiento (art. 7:112), que se le atribuyen a cada parte los que suponga el cumplimiento de sus obligaciones.

Por tanto, como se infiere de este esquema que hemos dejado expuesto, difícilmente puede considerarse que tengamos en los PECL un texto que de manera integral nos proporcione un concepto cabal y completo del cumplimiento de la obligación y nos supla las deficiencias de la ordenación de nuestro Código.

Tampoco la doctrina jurisprudencial que hasta la fecha ha utilizado las reglas de este Capítulo 7 de los PECL nos proporciona mayores y mejores conocimientos de esta categoría jurídica del cumplimiento, pues sólo se ha referido a la circunstancia del cumplimiento anticipado (art. 7:103 PECL) en la **STS de 27 de septiembre de 2006** (ROJ STS 5497/2006) para señalar, invocando que esto es lo que se deduce del art. 7:103 (1) PECL, que

“las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado”

El pleito en este caso versaba entre una empresa –ERA- que fabricaba plásticos para asientos de coche y otra –MAJOSA- que fabricaba los asientos completos para la Ford; la primera había concertado con la segunda la provisión continuada de material durante un año de acuerdo con las especificaciones que se detallaban en el contrato de 6.04.1992. No se había detallado cantidad exacta del suministro, sino aproximada, ni tampoco ninguna previsión relativa a la forma de realización del contrato.

Después de la primera entrega, MAJOSA advirtió a ERA que estaban cubiertas sus necesidades para los meses de junio/julio de uno de los colores suministrados; la siguiente entrega debía efectuarse a finales de agosto/septiembre, confirmando las necesidades actuales de los productos suministrados; y en el siguiente pedido le comunican a ERA que uno de los colores iba a ser sustituido por otro, de acuerdo con las exigencias de Ford, y que dejaran de fabricar otro de los colores que figuraba en el contrato, pero que ya había sido fabricado por ERA (que lo tenía almacenado), cuyo pago reclamó a MAJOSA (menos el material que consiguió vender a terceros a precio de saldo con posterioridad).

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda (todo lo fabricado y almacenado), pero la de apelación admite la reclamación sólo parcialmente, y condenar al pago nada más de lo que previsiblemente hubiera podido encargársele.

Al presentar ERA su recurso de casación, lo hace invocando infracción del principio de la buena fe que integra el cumplimiento de los contratos (art. 1258

CC¹⁴⁷), frente a lo que el Tribunal Supremo argumenta que, no obstante y haber sido excluido este precepto de la casación, por su carácter genérico (sentencia de 24.10.2005), este criterio, sin embargo,

“... no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros períodos que aún no se han realizado...”

O lo que es lo mismo, que el acreedor puede rechazar un ofrecimiento de cumplimiento anticipado (art. 7:103 PECL). Pero la regla excepciona la negativa por el acreedor a aceptar el ofrecimiento anticipado que no perjudique sus intereses de manera significativa, por lo que, aunque no fuera el caso, ya que la sentencia de apelación lo había considerado al condenar sólo al pago de lo fabricado en atención a “lo que previsiblemente hubiera podido encargarse...”, entendemos que se ha de tener en cuenta la buena fe, como así también consideran los propios redactores en sus comentarios (B) cuando afirman que podrá alegarse la buena fe para evitar negativas abusivas en aquellos casos en que la prestación anticipada no suponga inconveniente alguno para el acreedor.

En otros casos, sin embargo, el ordenamiento impone la obligación de cumplimiento anticipado, como, por ejemplo, es el supuesto del derogado art. 510¹⁴⁸ CCo, que establecía que si la persona a cuyo pago se giró la letra de cambio se constituyera en quiebra, podía protestarse por falta de pago, “aún antes del vencimiento; y protestada, tendrá el portador expedido su derecho contra los responsables a las resultas de la letra”. Esta disposición se contiene ahora en el art. 50¹⁴⁹ LCCh, que también permite ejercitar la acción cambiaria antes del vencimiento en distintos casos, como es (a) cuando se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación, (b) cuando el librado, sea o no aceptante, se hallare declarado en concurso o hubiera resultado infructuoso el embargo de sus bienes, y (c) cuando el librador de una letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se hallare declarado en concurso. Pero en estos dos últimos supuestos se puede obtener del juez un plazo para el pago, aunque en ningún caso exceda del vencimiento de la letra.

¹⁴⁷ Art. 1258 CC Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

¹⁴⁸ Derogado por disposición derogatoria de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque

¹⁴⁹ Modificado por disposición final 17 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor a partir de 1.09.2004.

2. Incumplimiento de la prestación obligacional: tipos y mecanismos de reacción.

Las diferentes conductas del deudor que dan lugar al incumplimiento de la obligación y lesión del derecho de crédito del acreedor hasta el punto de que el ordenamiento jurídico le permita accionar como reproche, no vienen tampoco sistematizadas en nuestro Código civil, como tampoco los propios mecanismos de respuesta del acreedor, sino que vienen expuestos, unos y otros, de manera muy dispersa.

Como la categoría jurídica del cumplimiento de las obligaciones, la del incumplimiento tampoco tiene en nuestro ordenamiento una definición general y sistemática. Tanto la definición del cumplimiento, como la del incumplimiento, así como la de la propia obligación, deben extraerse de distintos y desperdigados preceptos en el articulado del Código civil (en especial, el Título I del Libro IV)¹⁵⁰.

El concepto de obligación, por ejemplo, debemos obtenerlo de la interpretación de un par de normas: el art. 1088 CC nos dice en qué consiste (“dar, hacer o no hacer alguna cosa”); el art. 1089 CC de dónde nace (“de la ley, de los contratos...”), que las derivadas de la ley no se presumen, sino que sólo son exigibles las expresamente determinadas en la ley (art. 1090 CC), y que las que nacen de los contratos “deben cumplirse al tenor de los mismos” (se contempla el ajuste o no de la prestación a la configurada en el programa constitutivo)..., o que si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa (art. 1098 CC).

¹⁵⁰ Para las obligaciones, en el Derecho romano encontramos dos clásicas definiciones. Una en el Libro III, título XIII de las Instituta de Justiniano, que tras el rótulo de su título (*nunc transeamus ad obligationes*) introduce de inmediato la conocida definición de la obligación como “vínculo jurídico, por el que somos constreñidos a realizar una determinada prestación a favor de alguien, según las normas de nuestra comunidad (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*). En esta definición se pone el acento en la creación del vínculo jurídico, que es lo que permitirá al acreedor exigir la prestación del deudor.

Y la otra definición clásica de la obligación la encontramos en una cita del libro III de las Instituciones de Paulo en el Digesto (44, 7, 3 pr), en la que se dice que “la esencia de la obligación no consiste en hacernos propietarios de una cosa o de una servidumbre, sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o a garantizarnos alguna cosa” (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*). En esta definición vemos cómo se contraponen los actos de adquisición de la propiedad con los actos que generan una obligación, de los que depende la eventual exigencia de un determinado comportamiento del deudor para con el acreedor.

Si analizamos todas estas normas podemos decir que la obligación, sea lo que sea y que ahora después diremos, es algo de una relación bipolar, entre dos partes, por una, la que debe realizar la prestación (la deuda, *debitum*), so pena de responder con todos los bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), y, por otra, la que ostenta el poder coactivo para exigir esa deuda o, en su caso, la responsabilidad por la deuda.

Por tanto, la obligación podríamos definirla como un “vínculo jurídico” (porque es este orden legal el que la ordena) que surge de una relación entre dos partes y a la que el ordenamiento atribuye el deber de una parte a realizar una prestación en interés de la otra parte y la facultad de ésta de exigir su cumplimiento.

En nuestra doctrina se define como “vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación” (Albaladejo –Derecho civil II, vol. 1º, Ed. Bosch, 1980, p. 13). Díez-Picazo define la obligación como “la relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación” (Sistema de Derecho Civil, vol. II, Ed. Tecnos 1978, p. 89).

Para obtener el concepto del incumplimiento hemos de hacer también el mismo análisis interpretativo de normas dispersas del Código Civil.

Del art. 1091 CC extraemos que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes... y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por tanto, la contravención del contrato es incumplimiento, lo que equivale a decir que cualquier contravención de las estipulaciones en que se ordena la prestación contractual equivale al incumplimiento de las obligaciones que resultan del contrato.

Sin embargo, esta noción de incumplimiento –como cualquier contravención de la relación obligatoria contractual- se nos desdibuja cuando el propio Código procede a la atribución de las consecuencias de esa contravención.

El art. 1105 CC, por ejemplo, exime de responsabilidad al deudor que no realiza su prestación (incumplimiento, por tanto) como consecuencia de sucesos que no hubieran podido prever las partes o que, previstos, fueran inevitables (caso fortuito y fuerza mayor); el art. 1182 CC declara extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se pierde o se destruye (incumplimiento) sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora; el art. 1184 CC libera al deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible (incumplimiento).

La regulación del retraso en el cumplimiento, o incluso la “*mora debitoris*” (art. 1100 CC), también podría considerarse que no constituye incumplimiento, o al menos incumplimiento definitivo, sino una fase intermedia entre el cumplimiento y el incumplimiento definitivo. El mero retraso en el cumplimiento, sin constituirse en mora el deudor, es decir, antes de que sea advertido de su propio retraso en el cumplimiento, no le hace responder al deudor siquiera de responsabilidad por daños y perjuicios.

Si se trata de la obligación de pago de una deuda de dinero, ante el retraso en el cumplimiento, por ejemplo, el art. 1108 CC dispone que los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirán en el pago de los intereses, que si no han sido convenidos será el interés legal del dinero, pero no se devengan desde el inicio del retraso, sino a partir de que el deudor incurre en mora, es decir, a partir de que, por el retraso, es compelido el deudor al pago.

Incluso en el caso de deudas de dinero, para el devengo de intereses –como nos recuerdan la SSTS de 9 de febrero de 2007 (ROJ STS 460/2007) y 8 de noviembre de 2007 (ROJ 7450/2007)-, no solo es preciso incurrir en mora (ser compelido el deudor al pago), sino que, además, tradicionalmente se ha venido exigiendo también, como presupuesto, la liquidez de la deuda, por entenderse necesario que, para la imputabilidad del retraso al deudor, se debe producir su interpelación una vez la deuda sea líquida, La imputabilidad del retraso se consideraba inexistente mientras la cuantía de la deuda no estuviera determinada claramente. Y esto se entendía así en atención a la idea de culpa, por cuanto que no puede ser culpable quien ignora lo que realmente debe (“*non potest improbus videri* [dicen estos pronunciamientos judiciales remitiéndose a D. 50, 17, 99], *qui ignorat quantum solvere debeat*”).

Sin embargo, como nos refieren estas mismas sentencias, si bien la jurisprudencia mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podría generar era inferior a la reclamada, por considerar, en base a la regla *in iliquidis non fit mora*, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convertía en necesario el proceso para su liquidación y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia,

“la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios..., unida a la natural productividad del dinero..., así como a la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa... y a la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada (como recuerdan las sentencias de 20 de diciembre de 2005 y

31 de mayo de 2006), llevaron a la jurisprudencia a un nuevo planteamiento de la cuestión (sentencias 21 de marzo de 1994, de 17 de febrero de 2004), conforme al que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardico *in illiquidis non fit mora*, a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (sentencias de 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 noviembre de 2005, 20 diciembre de 2005, 31 de mayo de 2005, entre otras muchas)¹⁵¹.

En la culpa o negligencia también se ampara el art. 1101 CC para imputar al deudor la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento cuando (quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad...). Y esa culpa o negligencia consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la propia obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104 CC), que, si no se expresa en la propia obligación, será la diligencia exigida “a un buen padre de familia” (o *culpa levis in abstracto*)¹⁵².

¹⁵¹ En el mismo sentido las sentencias más recientes de 21 de enero de 2013 (ROJ 203/2013), de 26 de septiembre de 2012 (ROJ 6284/2012) –que califica de moderno este criterio, con cita de las SSTs de 16 noviembre 2007, la que a su vez cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, y de 19 de mayo de 2008 (ROJ 1998/2008), porque “da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes”, siendo lo decisivo a estos efectos –dice la STS de 20 de febrero de 2008- “la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía”.

¹⁵² Se nota aquí la fuente que corría por el legislador de la codificación de tradición romanista, por lo que recordemos que la Compilación justiniana establecía un sistema de responsabilidad que se articulaba en varias graduaciones: (i) el primer grado lo constituía el “*dolus malus*”, que se caracterizaba por la intencionalidad del autor, que era una intencionalidad maliciosa, y era el grado que se exigía para las obligaciones que nacían del delito, y de este campo delictual pasaría después al incumplimiento de las obligaciones en general; (ii) el segundo grado venía dado por la “*culpa*”, elaborada por la jurisprudencia a partir de la *lex Aquilia de damno iniuria dato*, plebiscito que sancionaba los daños patrimoniales causados por un comportamiento para el que se exigía la antijuricidad y la intencionalidad, pero que la jurisprudencia fue interpretando de manera progresivamente extensiva para incluir la comisión de la infracción por omisión y por negligencia o imprudencia, primero a los propios delitos dañosos y después, por extensión, (a) a la responsabilidad de los dueños de un negocio por los ilícitos de sus dependientes (*culpa in eligendo, e in vigilando*) y (b) a la responsabilidad derivada de las relaciones bilaterales nacidas de los contratos de buena fe, que dará lugar en los juristas postclásicos, a su vez, a una serie de graduaciones en que se distingue (a1) la *culpa lata* o culpa grave, de negligencia equiparable al dolo; (b2) la *culpa levis*, o conducta negligente, en la que a su vez se distingue entre “*levis in abstracto*”, para cuya valoración se toma en cuenta la conducta que habría observado un “*bonus pater familias*”, y “*levis in concreto*”, para cuya exigencia se toma de referente la “*diligentia quam in suis rebus*” (de quien cuida las cosas ajenas como propias); (c) la responsabilidad por *custodia*, que supone una agravación de la responsabilidad por culpa para hacer responder al deudor de la pérdida de la cosa, excepto que se deba la desaparición a fuerza mayor, y que se aplicaba a los

Con estas manifestaciones anteriores queremos poner de relieve que, por una parte, nuestro Código civil, ni hace una delimitación conceptual del incumplimiento, ni una exposición sistemática del mismo, sino una regulación articulada en un conjunto de normas dispersas que dificultan su entendimiento.

Tampoco se hace una separación entre incumplimiento y responsabilidad derivada del incumplimiento, porque así sucedía en el Derecho romano clásico al comprender el término “*debitum*” ambos conceptos.

Y, por otra parte, se delimita el concepto del incumplimiento desde una perspectiva subjetivista, a través de los indicados conceptos de dolo y de culpa o negligencia, eximiendo al deudor de responsabilidad, no obstante el incumplimiento, en “aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (art. 1105 CC) o liberándole de la obligación por imposibilidad sobrevenida del cumplimiento (arts. 1182 y 1184 CC).

Incluso el muy manido y trillado art. 1124 CC, que faculta la resolución de las obligaciones recíprocas en el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, también debería entenderse en clave subjetivista, según se desprende de su propio tenor literal y de la delimitación que hemos expuesto de los demás preceptos con los que se ha de poner en relación, relativos al incumplimiento, y así se ha venido entendiendo por la doctrina jurisprudencial, hasta que, como veremos en este capítulo, giró ésta su criterio para delimitarlo con dosis más o menos objetivista, pero que ponen en evidencia, en todo caso, la disparidad de la regulación positiva con el criterio jurisprudencial, si bien éste se vaya muy lentamente introduciendo sin desprenderse de las ataduras añejas del criterio subjetivista tradicional.

Nos parece acertado el giro hacia la perspectiva objetivista del cumplimiento de la obligación, y del incumplimiento, porque lo contrario, una perspectiva exclusiva del incumplimiento desde la posición del deudor y de su participación dolosa o no en esa infracción del deber jurídico de realización de la prestación, nos llevaría a la indeterminación, quizás, de eximirle de responsabilidad en el caso de que no participe activamente en esa falta de realización de la prestación con el dolo o culpa requerida, pues solo el incumplimiento doloso o negligente se consideran, desde esta perspectiva, verdaderos incumplimientos.

Es por ello que, sin restarle importancia a la existencia o no de responsabilidad en la conducta del deudor, pero no la de ser determinante o elemento que defina el incumplimiento, debe actualmente encasillarse éste desde una perspectiva objetiva: la de valorar la alteración sufrida en la prestación en relación a la

préstamos de uso de cosas muebles (comodato) y de garantía (prenda), en el arrendamiento, en la compraventa..., pero no en cambio en el depósito, que sólo responde por dolo; y (d) y la responsabilidad por pérdida o perecimiento (*periculum*) de la cosa no imputable al deudor, ni a un tercero.

satisfacción del interés del acreedor y desde el punto de vista objetivo de su comparación con el patrón de la prestación según se convino en el acto constitutivo de la relación obligatoria. Y esto es lo mismo que valorar en qué medida la actuación del deudor llena (cumple) la prestación a que venía obligado según ésta fue configurada al tiempo de ser constituida.

La pregunta, por tanto, es delimitar en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho, con independencia de la valoración del comportamiento subjetivo del deudor. Es decir, averiguar “en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación”. Y por ello se sitúa el incumplimiento bajo la rúbrica de “lesión del derecho de crédito”, como una posible lesión más, entre otras¹⁵³.

En consecuencia, el hecho de que el deudor, fuera de los casos expresamente determinados en la ley o en el propio convenio regulador de la obligación, no responda de los supuestos de casos fortuitos y de fuerza mayor (art. 1105 CC), o se extinga la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se pierde o se destruye sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora (art. 1182 CC), o se libere el deudor de la obligación de hacer cuando ésta resulta legal o físicamente imposible..., no puede considerarse, a nuestro entender, que no haya habido incumplimiento de la prestación. La no realización de la prestación por el deudor en estos casos evidencia un incumplimiento de la obligación. Otra cosa serán las consecuencias de ese incumplimiento, que no le afectarán o le afectarán de una manera determinada.

No puede afirmarse que no toda contravención de la prestación no constituye incumplimiento en base a que la prestación no tenga lugar porque la cosa se haya perdido o se haya destruido “sin culpa” del deudor y antes de haberse constituido en mora...; o en base a que la prestación resulte legal o físicamente imposible...

El incumplimiento se evidencia ante cualquier contravención de la realización efectiva y oportuna de la prestación, aunque otra cosa sean las consecuencias y responsabilidades del deudor en estos casos en que el ordenamiento dispone la extinción de la obligación (para el caso de incumplimiento por supuesto de caso fortuito o fuerza mayor) o de liberación del deudor (para el caso de incumplimiento por imposibilidad legal o física de realización de la prestación),

¹⁵³ DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Civitas-Thomson, 2008; p. 649. Nos expone que no se trata de una rúbrica o perspectiva que no hubiera ya sido utilizada por tratamientos doctrinales anteriores, y cita la obra de L. ENNECERUS (trad. Española de la 35ª edición alemana que había sido revisada por LEHMANN, en que se habla de la “contravención del derecho de crédito” y que comprende como tal: la imposibilidad sobrevenida de la prestación; la mora del deudor; lo que hoy se llaman lesiones positivas del derecho de crédito; y la mora del acreedor. También nos cita la obra de K. LARENZ –Derecho de obligaciones- y el capítulo relativo a “infracciones del crédito”, en el que se estudia: la responsabilidad del deudor; las causas objetivas que se oponen al cumplimiento de la prestación; la imposibilidad de prestación de que el deudor debe responder; la mora del deudor; el cumplimiento defectuoso; y la mora *accipiendi*.

porque el incumplimiento (no cumplimiento) existe al fin y al cabo: no se satisface la pretensión del acreedor convenida en la relación obligatoria.

Sin entrar en el debate doctrinal que pueda generar este giro conceptual del cumplimiento y del incumplimiento hacia esta vertiente objetiva de valoración de la prestación, ya que no es ese el objeto de nuestro estudio, seguiremos en nuestra exposición, no obstante, la sistematización y tipología que resulta de esta categorización del incumplimiento, como alteración del esquema prestacional, visto desde la óptica objetiva de la insatisfacción del derecho de crédito (del acreedor), porque esta es la sistematización que mejor encaja con las tipologías de las medidas de protección que el ordenamiento jurídico conecta para la reparación del incumplimiento según los diferentes casos concretos en que se ha pronunciado ya nuestro Tribunal Supremo en las sentencias que, por haber aplicado las reglas de los PECL que hemos expuesto en nuestra introducción, reseñaremos y estudiaremos después en este mismo capítulo.

En términos generales, y con independencia de la responsabilidad que resulte o no para el deudor, podemos decir que una obligación se incumple cuando la prestación en que consiste (i) no se realiza nada de ella en absoluto, ni por el obligado, ni por nadie, lo que equivale a un incumplimiento total, es decir, a una absoluta omisión de la prestación porque el deudor no ha realizado ningún acto tendente a su realización; o (ii) se realiza pero incompletamente, de manera inexacta, lo que equivale a un cumplimiento parcial, defectuoso o inoportuno, porque el deudor ha realizado actos tendentes a la efectividad de la prestación, pero no coinciden o no se ajustan al convenio constitutivo, ya sea respecto de la identidad o integridad de la prestación o ya sea respecto a sus circunstancias de tiempo, lugar...

Ahora bien, en ambos casos podemos distinguir a su vez varios supuestos. En el caso de incumplimiento total de la prestación, pueden darse tres supuestos: (i) que sea posible todavía la realización de la prestación sin detrimento del interés del acreedor, aunque sea tardía esa realización (retraso en el cumplimiento sin incurrir en mora); (ii) que sea también todavía posible la realización de la prestación, pero insatisfactoria para el interés del acreedor (que serían los casos en que el término se hubiera establecido como esencial, o que haga de por sí desaparecer el interés para el acreedor, o que razonablemente no se le deba hacer esperar al acreedor esa tardanza); (iii) o bien que no es posible ya objetivamente la realización de la prestación (que sería el supuesto de definitiva insatisfacción del interés del acreedor).

Y también en el caso de cumplimiento defectuoso, incompleto o inoportuno pueden darse tres supuestos: (i) que sea posible todavía completar o corregir el cumplimiento en sus debidos términos convenidos, sin merma del interés del acreedor, (ii) o con merma; y (iii) que no sea posible ya objetivamente completar ni corregir los defectos de la prestación.

Las medidas (acciones, en terminología romana) reparadores del incumplimiento de la prestación (sea total o defectuoso, en los distintos supuestos que se han señalado) y que articula el ordenamiento jurídico, vienen también expuestos de una manera muy dispersa, incluso en textos normativos diferentes, como es el caso del Código Civil y también de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el Código Civil –siguiendo un orden correlativo de su articulado- podemos encontrar que la pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones tiene su amparo en el art. 1091 (las obligaciones que nacen de los contratos... deben cumplirse al tenor de los mismos), en relación con el art. 1096 para las obligaciones de entrega de una cosa determinada (el acreedor... puede compeler al deudor a que realice la entrega) o indeterminada o genérica (en que el acreedor podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor) y con el art. 1098 y 1099 para las obligaciones de hacer o no hacer (si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa... o se decretará que se deshaga lo mal hecho).

La pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por quienes en el cumplimiento de sus obligaciones contravienen la prestación o incurren en dolo, negligencia o morosidad, tiene su apoyo en el art. 1101, en relación con el art. 1102 para el caso de dolo, con el art. 1103 y con el art. 1104 para el caso de negligencia, y en ambos casos en relación también con los arts. 1106 y 1107, y con el art. 1108 para el caso de morosidad en el pago de una cantidad de dinero.

La pretensión para la exoneración de responsabilidad, en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, tiene su tratamiento en el art. 1105.

La pretensión subrogatoria del acreedor (o sus causahabientes) en la situación del deudor para con sus acreedores (o derechohabientes) tiene su regulación en el art. 1111 y 1112.

Y la pretensión resolutoria en los contratos bilaterales se fundamenta en el art. 1124 CC, facultad ésta, la resolutoria, que se establece como implícita en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, en cuyo caso puede el perjudicado elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, pudiendo asimismo pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resulte imposible.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil también se dispensa una expresa regulación para la realización coactiva de las prestaciones dinerarias, en el art. 571 y ss., y en el art. 699 y ss., para las prestaciones de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero.

Y para completar el elenco de esta regulación de medidas correctoras del incumplimiento o cumplimiento defectuoso o inoportuno de las obligaciones en

general, no podemos olvidar que también para casos concretos de contratos en particular (como en la compraventa, el arrendamiento, el contrato de obra...), también nuestro ordenamiento arbitra regímenes peculiares de acciones reguladoras de las distintas pretensiones.

En el caso de contratos de compraventa, aunque el art. 1506 CC¹⁵⁴ se remita respecto a la pretensión resolutoria del contrato a las mismas causas que todas las obligaciones, sin embargo establece algunas disposiciones que distorsionan aquella remisión.

Por ejemplo, el régimen de los riesgos por la mora en la entrega de la cosa o su pérdida o destrucción, tiene una regulación específica en el art. 1452 CC¹⁵⁵; la facultad de resolución cuando hubieran mediado arras o señal en el contrato, se regula en el art. 1454 CC¹⁵⁶ y si se trata de una venta mercantil, en el art. 343 CCo¹⁵⁷; la pretensión que exonera al vendedor de entregar la cosa si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago, se regula en el art. 1466 CC¹⁵⁸, y para el caso de que devenga el comprador en insolvencia, en el art. 1467 CC¹⁵⁹.

Se establecen asimismo unas reglas especiales para el caso de que la prestación no se ajuste a lo expresado en el contrato, por ejemplo, por mayor o menor cabida de los inmuebles (arts. 1469 a 1472 CC).

¹⁵⁴ Art. 1506 CC La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o legal.

¹⁵⁵ Art. 1452 CC El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182.

Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.

¹⁵⁶ Art. 1454 CC Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.

¹⁵⁷ Art. 343 CCo Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario.

¹⁵⁸ Art. 1466 CC El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

¹⁵⁹ Art. 1467 CC Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio.

Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.

Una norma especial también es la del art. 1504 CC que para las ventas de bienes inmuebles prescribe que, aunque se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, sin embargo posibilita que el comprador pueda pagar, aún después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. No ocurre lo mismo para el caso de bienes muebles, en que el art. 1505 CC dispone la resolución de pleno derecho cuando el comprador no se presente a recibir la cosa antes de vencer el término fijado para la entrega y al mismo tiempo ofrezca el precio, salvo que para el pago se hubiera pactado mayor dilación.

Como conclusión, por tanto, podemos sintetizar y catalogar los distintos tipos de incumplimiento de las obligaciones y las distintas medidas reparadoras que articula nuestro ordenamiento jurídico, con el esquema siguiente:

A.- Tipos de incumplimiento de la obligación

- (i) Incumplimiento absoluto
 - a. No definitivo
 - i. Todavía posible sin detrimento del interés del acreedor (retraso)
 - ii. Todavía posible objetivamente pero con insatisfacción del acreedor (mora)
 - b. Definitivo: imposible por definitiva insatisfacción del acreedor
- (ii) Cumplimiento incompleto o defectuoso
 - a. No definitivo
 - i. Con posibilidad de completarlo o corregirlo sin detrimento del interés del acreedor (retraso)
 - ii. Con posibilidad de completarlo o corregirlo pero con insatisfacción del acreedor (mora)
 - b. Definitivo: Sin posibilidad de completarlo ni de corrección

B.- Tipos de acciones reparadoras del incumplimiento de la obligación, es decir, mecanismos de reacción del agraviado por el incumplimiento:

- (i) la pretensión de cumplimiento, es decir, exigir el cumplimiento exacto y específico de la prestación;
- (ii) la resolución de la relación obligatoria –con causa en el incumplimiento-; y
- (iii) la reparación de los daños y perjuicios –también derivados de ese incumplimiento.

Faltaría añadir que, aunque consideremos los supuestos de este esquema en clave objetiva, es decir, desde la perspectiva de la satisfacción o no del interés del acreedor en los términos prefijados en el programa de la convención contractual, no podemos obviar que, si no para el ejercicio de la acción de cumplimiento específico, ni para la de resolución de la relación contractual, sí al menos para la

acción reparadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento tiene importancia capital la conducta y comportamiento del deudor, que si es dolosa o culposa, o incurso en mora, deberá soportar los daños y perjuicios, y que en el caso de buena fe serán “los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, y en el caso de dolo serán “todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107 CC)¹⁶⁰.

C. Construcción jurisprudencial del incumplimiento contractual en el Derecho español.

1. Formulación tradicional y evolución.

Si en nuestro estudio hacemos salvedad de lo establecido en el art. 1105 CC, que excluye de todo tipo de responsabilidad a los supuestos de casos fortuitos o fuerza mayor (fuera de los casos expresamente contemplados en la ley¹⁶¹ o en los que así lo declare la propia obligación), es decir, aquellos casos en que a pesar del incumplimiento no hay atribución de responsabilidad, la regla general vendría dada por el art. 1101 CC, en que se dispone que responden con indemnización de daños y perjuicios (i) quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, culpa o morosidad, o (ii) quienes de cualquier modo contravienen la prestación debida.

En ambos casos dispensa el ordenamiento jurídico responsabilidad del deudor para con el acreedor, en lo que a daños y perjuicios se refiere, sea propio o ajeno el hecho causante del incumplimiento, salvo que, como hemos anticipado, fuera debido el incumplimiento a un caso fortuito o a fuerza mayor.

Cuando del hecho que deriva la no realización del cumplimiento exacto es responsable el deudor, el ordenamiento jurídico procura que el patrimonio del

¹⁶⁰ Esta incidencia de la buena o mala fe del deudor no sólo tiene esta importancia en las obligaciones que nacen de convenciones, sino también en las que se contraen legalmente sin convenio, como sería el caso de los arts. 1896 y 1897 CC, en los que se regula que quien proceda de mala fe a la aceptación de un pago indebido, no sólo deberá abonar los frutos percibidos, sino también los debidos percibir, y responderá además de los menoscabos que la cosa sufra por cualquier causa y de los perjuicios que se irroguen al que la entregó hasta que la recobre, si bien que el caso fortuito no le afectará si en todo caso hubiera también afectado del mismo modo si la cosa se hubiera hallado en poder del que la entregó; en cambio, quien procede de buena fe a la aceptación de un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesorios en cuanto por ellas se hubiera enriquecido.

¹⁶¹ Por ejemplo, en los casos en que el deudor se hubiera constituido en mora (arts. 1096.3 y 1182 CC)

acreedor se restablezca y lo sea como si el cumplimiento hubiera tenido lugar, para lo que arbitra (i) o bien la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso (el cumplimiento de forma específica), (ii) o bien la indemnización de daños y perjuicios a cargo del deudor, (iii) o bien, cuando a pesar de exigir el cumplimiento forzoso se le han producido lesiones en su patrimonio por falta del cumplimiento oportuno, también la posibilidad de reclamar los correspondientes daños y perjuicios.

Se evidencia de esta manera que, aunque realicemos una tipificación de supuestos de incumplimiento de la prestación desde una perspectiva objetiva de la satisfacción del interés del acreedor, el sistema que arbitra nuestro ordenamiento jurídico no nos permite prescindir por completo del comportamiento que en la lesión del crédito del acreedor o en el incumplimiento de la obligación hayan tenido las propias partes, o se haya debido a elementos o circunstancias ajenas a las mismas, y así atribuir la responsabilidad –contractual- del resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento (ya sea absoluto o ya sea defectuoso) haya podido acarrear para el acreedor.

De esta manera, con argumento en el art. 1101 CC, ha sido tradicional sostener en nuestro ordenamiento la tesis de un sistema subjetivista de la responsabilidad (ya sea por dolo o por culpa); y así nos acredita Díez-Picazo que, para dar lugar a responsabilidad por daños y perjuicios en materia de responsabilidad contractual, el primero de los requisitos que se nos enumera por Castán Tobeñas en su obra es el incumplimiento culpable de la obligación, porque si es fortuito queda el deudor liberado; y también nos cita la STS de 9 de noviembre de 1949, en la que se sostiene el punto de vista tradicional subjetivista que dice ha presidido a nuestra jurisprudencia, cuando afirma que “basta para excusar el cumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían”¹⁶².

Sin embargo, esta línea subjetivista tradicional de la responsabilidad contractual, aunque sea suavizada, como lo ha sido por la tesis de Albaladejo¹⁶³, [a] de considerar que el deudor es responsable del no cumplimiento exacto (i) como regla, cuando éste ha sido causado por su culpa o dolo, y (ii) excepcionalmente cuando a pesar de no ser culpable así lo determina la ley o la propia obligación, y [b] de considerar que el deudor no es responsable del no cumplimiento exacto (i) como regla, cuando este no cumplimiento exacto procede de caso fortuito o fuerza mayor -es decir, no de culpa suya-, y (ii) excepcionalmente, cuando en la obligación se le exonera de responsabilidad, aunque el incumplimiento proceda de su culpa, “no puede ser aceptada” –nos dice Díez-Picazo en su obra ya citada- porque, y así lo venimos nosotros contemplando, se ha de distinguir entre lo que

¹⁶² DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Civitas-Thomson, 2008; pp. 712-713

¹⁶³ ALBALADEJO M. Derecho Civil II, vol. 1º, 5ª Ed. Librería Bosch, 1980 pp 165-166

objetivamente es el incumplimiento de la obligación y lo que por su conducta haya podido incurrir el deudor en la producción de daños y perjuicios para el acreedor.

En todo caso, tanto la responsabilidad del deudor por su conducta, como la propia contravención del tenor de la obligación sin culpa del obligado, pueden causar lesiones al derecho del acreedor y dar lugar, por ello, a la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor, porque sería contrario a nuestro ordenamiento dejar que la contravención del tenor de la obligación quede al arbitrio de la mera diligencia del deudor; lo que queda al arbitrio de la mera diligencia del deudor es la consideración del dolo (art. 1102 CC) o de la culpa (arts. 1103 y 1104 CC), que dice este último precepto que “consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Haya arbitrado o no el deudor la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación, en el caso de incumplimiento su responsabilidad no le alcanzará con la agravación de la culpa o negligencia si ha actuado con la diligencia debida, pero esta diligencia no le exonerará de los daños y perjuicios producidos por la objetiva ausencia o contravención de la prestación; es decir, por los daños que el incumplimiento de la obligación, según la identificación y demás características en que fuera configurada en la convención, y con independencia de la conducta del deudor, haya causado al acreedor, salvo –dicen algunos autores de nuestra doctrina, por ejemplo, Díez-Picazo en su obra ya citada- que se trate de un incumplimiento debido a la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito (art. 1105 CC), por pérdida o destrucción de la cosa –sin culpa del deudor o sin estar constituido en mora- (art. 1182 CC), o por imposibilidad física o legal en el caso de obligaciones de hacer (art. 1184 CC)¹⁶⁴.

En sede de doctrina jurisprudencial también se ha ido trasladando la interpretación del incumplimiento de las obligaciones desde una perspectiva subjetiva hacia una perspectiva objetiva, sobre todo en la reinterpretación del art. 1124 CC, en la que, como veremos extensamente en este capítulo, no han sido ajenos determinados textos internacionales, algunos de aplicación en nuestro sistema jurídico, como la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías –CISG o CV-, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, en BOE de 30 de enero de 1991), y otros textos institucionales o académicos, como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados a finales de 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y reeditados

¹⁶⁴ PUIG BRUTAU, JOSÉ. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I, vol. II. Derecho general de las obligaciones. Ed. 4ª Bosch. Incluso llega a más y, después de estudiar el problema en los sistemas anglosajones, concluye en que la responsabilidad contractual no es una cuestión de culpa (fault), sino de incumplimiento (default).

en abril de 2004 y en 2010¹⁶⁵, o los PECL (cuyas dos primeras partes, como sabemos, fueron publicadas en 1999 y la tercera en 2003); y, en menor medida, el Código Europeo de Contratos, de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía bajo la coordinación de Giuseppe Gandolfi (que toma como modelo el libro IV del Codice civile italiano de 1942 y el proyecto del Contract Code de Harvey McGregor), o el más recientemente publicado (Outline Edition, Sellier, Muchich, 2009) Marco Común de Referencia –DCFR, sus siglas del inglés Draft Common Frame of Reference-, del Grupo de Estudio sobre un Código civil Europeo, creado por la Comisión en 2005, en el ámbito de una Red de Excelencia sobre Derecho privado europeo, sin dejar de lado tampoco la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, publicada en el Boletín de Información de Enero de 2009 (Año LXIII).

Hasta las nuevas tesis y tendencias de nuestra jurisprudencia en la interpretación del art. 1124 CC, relativo al incumplimiento resolutorio, con base fundamentalmente en la CISG y en los Principios Unidroit, y últimamente en los PECL, o en el DCFR, y con anterioridad a las matizaciones que han precedido a estas preferencias últimas, el criterio de nuestra jurisprudencia era exigir del deudor que “se patentice de manera indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” (v.gr., STS 31 de octubre de 1951 –RJ 1951, 2364-¹⁶⁶), porque la regla general era la conservación del contrato, si bien que pudiendo establecer en el mismo los pactos o condiciones lícitos a los que supeditar la propia existencia del contrato, incluso en contratos específicos, como el de la compraventa, como así también se expone en la misma STS de 31 de octubre de 1951. Así también, por ejemplo, en SSTS de 11 de junio de 1979 (RJ 1979, 2348), 19 de junio de 1979 (RJ 1979, 2441), 5 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 3823)¹⁶⁷, 8 de febrero de 1980 (RJ 1980, 933), 28 de febrero de 1980 (RJ 1980, 536)¹⁶⁸, 11 diciembre 1980 (RJ 1980, 4745)¹⁶⁹.

¹⁶⁵ CUATRECASAS. Principios Unidroit relativos a los contratos del comercio internacional 2010. Editorial La Ley, 2012

¹⁶⁶ “... ni procede resolver vínculos obligacionales, según reiteradas declaraciones de esta Sala, mientras no conste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento...”

¹⁶⁷ “... la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que la doctrina legal exige para dar paso a la resolución del negocio...”

¹⁶⁸ “... bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida...”

¹⁶⁹ La resolución de las obligaciones que contempla el art. 1124 CC “sólo se produce cuando se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido –Sentencias de esta Sala, entre otras, de 3 marzo 1967 (RJ 1967, 1º242) y 13 mayo 1972 (RJ 1972, 2394), no bastando comprobar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si este tiene la importancia de la economía del contrato que justifique la resolución en la común intención de los contratantes –Sentencia de esta Sala de 18 noviembre de 1970 (RJ 1970, 4820)...”

La STS de 22 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4756) considera cierta la doctrina del Tribunal que se aduce por la recurrente de que “para decretar la resolución contractual con base en dichos preceptos... es preciso que concurren cuatro circunstancias: reciprocidad de las obligaciones, su exigibilidad, que el reclamante haya cumplido lo que le incumbía y voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de parte de aquél a quien se reclama”.

Interpretando el art. 1124 CC, en relación con el art. 1504 del mismo cuerpo legal, en que el segundo es la especie concreta (en el supuesto de venta de bienes inmuebles) de la facultad genérica del primero, la jurisprudencia ha considerado que “el éxito de la acción resolutoria requiere, además del incumplimiento del pago del precio convenido, la existencia en el comprador de una voluntad deliberadamente rebelde a esa obligación de pago...”

En la STS de 1 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1278), se excluye de sanción resolutoria el incumplimiento cuando tiene lugar por causas ajenas a la voluntad y ánimo diligente del deudor revelando ausencia de voluntad deliberadamente rebelde de incumplimiento, con cita de otras sentencias anteriores (v.gr., de 15 y 39 de abril, 19 de mayo y 4 de junio de 1981 - (RJ 1981\1655, RJ 1981\1784, RJ 1981\2082 y RJ 1981\2494).

La matización de este criterio –como nueva orientación, pero conviviendo con la tradicional, como lo prueba, por ejemplo, la STS de 7 de junio de 1991 (RJ 1991, 4430), en que se sigue exigiendo esa “deliberada voluntad del comprador rebelde” y “obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó...”- ya aparece en la STS de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3706), en la que se refiere como doctrina “que mantuvo este Tribunal”..., se dice que “ha sido matizada, como establece la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1990 (RJ 1990, 6124) (que cita otras muchas acreditativas de la nueva orientación) “aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuirse una conducta voluntaria y no sanada por una justa causa que la origine obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó””.

En la STS de 4 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2157), aún se matiza más y, respecto a esa voluntad de incumplimiento rebelde, se recuerda que “según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustré el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (SS de 24 de febrero de 1990 –RJ 1990, 713- y 7 de junio de 1991 –RJ 1991, 4430-), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria –y no sanada por una justa causa que la origine- obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero y

16 de mayo de 1991 –RJ 1991, 1268 y RJ 1991, 3706-), siendo, en definitiva, aplicable el art. 1504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (Sentencia de 20 de diciembre de 1989 –RJ 1989, 8849-, con cita de otras anteriores).”

Ejemplo, también, de esta progresiva matización de la doctrina jurisprudencial lo encontramos en la STS 30 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2307), en su FD 2,

“... si esta Sala, en su doctrina interpretativa del precepto del art. 1124 CC, ha venido tradicionalmente exigiendo como requisito necesario para la aplicación del mecanismo resolutorio de las obligaciones sinalagmáticas contenido en el artículo citado una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor, consistente,

- bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento,

- o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente (SSTS 25 junio, 22 octubre y 2 diciembre 1985 –RJ 1985, 3314; RJ 1985, 4963; RJ 1985, 6197-),

Si bien esta postura doctrinal ha sido objeto de algunas matizaciones, principalmente de expresión, siendo fijada en sentido de exigir que el resultado consistente en el incumplimiento por parte de uno de los contratantes de las obligaciones que le incumben

- sea grave

- y le sea imputable al mismo, habiéndose producido como consecuencia de una conducta obstativa del mismo que, de un modo indubitado origine, actividad que puede ser, en su caso, omisiva, y que puede consistir en una prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (STS 29 febrero 1988 –RJ 1988, 1310-).”

En relación con el incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor, en el contrato de compraventa, y en concreto cuando de una vivienda en construcción se trata, por ausencia de la licencia de primera ocupación, ha tenido ocasión el Tribunal Supremo en Pleno (STS 537/2012, de 10 septiembre –RJ 2013, 2266-), de fijar su doctrina, para lo que parte, en primer lugar, señalando que la jurisprudencia ha superado ya su tradicional criterio y que la más reciente (para lo que cita las SSTS de 14 junio 2011 –RJ 2011, 4530- y 21 marzo 2012 –RJ 2012, 5128) ya viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 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”¹⁷⁰)

Para explicar qué se ha de entender por esa gravedad y sustancialidad acude a los Principios Unidroit (a los que se les ha reconocido carácter orientador para la interpretación de nuestra normativa contractual), que en el art. 7.3.1 (1) exige para la resolución del contrato que la falta de cumplimiento constituya un incumplimiento esencial, y en el art. 7.3.1. (2) nos relaciona los distintos supuestos en que, en particular, se considerará esencial el incumplimiento, y que son: (a) si priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato...; (b) si la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) si el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) si el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; si la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

Hemos de hacer la precisión de que en esta misma regla del art. 7.3.1 PU, en su apartado (3) nos dice que en caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario de tiempo razonable que habrá de dársele, lo que no significa que el retraso pueda ya ser esencial por sí mismo¹⁷¹, sin necesidad de ningún ofrecimiento de tiempo suplementario, cuando, por ejemplo, si así se estableció expresamente en el contrato como esencial.

Y es en este sentido que la misma STS 537/2012, de 10 septiembre, nos recuerda su doctrina de “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”.

El retraso puede dar lugar a constituir al deudor en mora (cuando se dan los presupuestos –art. 1100 CC-), con las consecuencias que conlleva (de indemnización de daños y perjuicios -art. 1101 CC-, y de riesgo –arts. 1096 y 1182 CC), “pero no necesariamente a la resolución”.

¹⁷⁰ Así literalmente y cita las SSTS de 9 julio 2007 (RJ 2007, 5433), 18 noviembre 1983, 31 mayo 1985, 13 noviembre 1985, 18 marzo 1991, 18 octubre 1993, 25 enero 1996, 7 mayo 2003, 11 diciembre 2003, 18 octubre 2004, 3 marzo 2005, 20 septiembre 2006, 31 octubre 2006 y 22 diciembre 2006

¹⁷¹ El art. 7.1.5 (3) PU se refiere al caso “de que la demora en el cumplimiento no sea esencial”, que sería cuando se le posibilita a la parte perjudicada para conceder, mediante notificación, un período o suplementario para el cumplimiento, que habrá de ser de un tiempo razonable, y en cuya notificación podrá ya también advertirse de la resolución automática del contrato en caso de incumplimiento.

Otro requisito que nos pone de manifiesto la STS 537/2012, de 10 septiembre es que para la resolución del contrato se exige que quien lo reclama no esté también constituido en incumplimiento y, además, que tenga en la resolución un “interés jurídicamente atendible”, es decir, que en el ejercicio de la facultad resolutoria no haya un deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios, que no sea un ejercicio abusivo de esa facultad resolutoria, o contrario a la buena fe. En realidad, se trata de poner freno a la regla general que se contiene en el apotegma de que “*qui iure sui utitur neminem laedit*” con la regla, también general, de la buena fe e interdicción del abuso del derecho. Pero se ha de tener en cuenta que también el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de abril de 2013 (ROJ STS 2158/2013), con reiteración de su doctrina y cita de la STS 422/2011, de 7 de junio, sostiene que la doctrina del abuso del derecho tiene carácter excepcional y “no es aplicable en supuestos en los que la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal conforme al apotegma jurídico “*qui iure suo utitur neminem laedit*””

De todo el extensísimo conglomerado de resoluciones jurisprudenciales relativas al incumplimiento resolutorio, podemos extraer, en primer lugar, que se evidencia una línea evolutiva en la concepción del incumplimiento capaz para dar lugar a la resolución del contrato, que va desde el ámbito subjetivo (esfera sujeto incumplidor, cuya voluntad y conducta fueron determinantes en un principio para caracterizar el incumplimiento resolutorio: voluntad deliberadamente rebelde y contumaz al cumplimiento), al ámbito objetivo (a la falta de realización del programa contractual); y en segundo lugar, que prima el principio de conservación de los contratos frente a la resolución, a la que alguna sentencia le ha dado carácter de excepcionalidad y se le ha privado de automatismo en su aplicación (v.gr., ya en las lejanas SSTS 5 de enero de 1935, 5 de mayo de 1953¹⁷² y de 8 de julio de 1954 –RJ 1954, 2027-).

Los criterios de la jurisprudencia para calificar el incumplimiento como resolutorio se han ido desplazando al tiempo de su propia evolución conceptual, desde el terreno subjetivo del deudor al objetivo de la relación jurídico-obligacional para el interés del acreedor; desde considerar necesaria aquella voluntad del deudor deliberada, rebelde y contumaz al cumplimiento, a considerar que, sin que sea preciso esa tenaz y persistente voluntad obstativa al cumplimiento, basta con que se frustre el fin del negocio jurídico para la parte contratante cumplidora, es decir, que viene a ser suficiente con que se dé un incumplimiento inequívoco y objetivo, que frustre las legítimas aspiraciones de la

¹⁷² Refiriéndose al art. 1124 CC argumentaba que “este precepto ha de ser interpretado no de manera automática hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral, y no entra en juego cuando se trate de obligaciones que estando incorporadas a un contrato tienen un puro carácter accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones que constituyen el objeto principal del contrato.

contraparte (STS 24 febrero 1990 [RJ 1990, 713], 7 de junio de 1991 [RJ 1991, 4430] entre otras muchas).

La noción que podemos obtener acerca del incumplimiento resolutorio, según nuestra doctrina jurisprudencial, es pues el resultado de dos elementos concatenados: por una parte, que acaezca o suceda esa falta en la realización del programa obligacional establecido en el contrato (es decir, *dare/non dare*; *facere/non facere*); y, por otra parte, que la misma ruptura e insatisfacción del programa obligacional sea atribuible al sujeto contratante incumplidor (no a un tercero, o a fuerzas o sucesos extraños a las propias partes contratantes).

La prestación obligacional incumplida ha de revestir cierta gravedad. No cabe resolución del contrato por incumplimientos de escasa importancia¹⁷³, pues el principio general es el de conservación del contrato¹⁷⁴ y tiene reiterado la jurisprudencia que no basta cualquier incumplimiento, ni de cualquier prestación.

Por tanto, para dar lugar a la resolución del contrato debe tratarse de una falta grave en el cumplimiento del programa de la relación obligacional, y referida a una prestación esencial, no accesoria, para lo que hemos de tener como referente, no lo que las propias partes de manera aislada, independiente y egoísta opinen, cada una por su lado, sino el contenido del propio contrato, en el que se manifestaron las voluntades de consuno, y que vendrá dado no solamente por cuanto se haya expresamente pactado, sino también por cuanto sea inherente al mismo (art. 1258 CC).

Desde una formulación de doctrina general, es fácil plantear que en el sinalagma obligacional hay prestaciones principales y accesorias para cada una de las partes, y que –como decía la STS de 5 de enero de 1935- debe existir “entre ellas una mutua condicionalidad”, es decir, que una determinada prestación lleva pareja una determinada contraprestación, la principal otra principal y las accesorias otras accesorias. La dificultad viene cuando se pretende averiguar si una prestación en concreto es una obligación principal o es accesoria, problema que últimamente se

¹⁷³ Por Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (vigente hasta el 1.12.2007) se incorpora a nuestro ordenamiento español la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo, y en su art. 7 establece que “[L]a resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.” Esta ley se deroga por la Disposición derogatoria única de la Ley de Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a la que se incorpora, y en concreto el contenido del art. 7 de la Ley 23/2003, con el mismo tenor, pasa al art. 121 del Texto refundido de 2007.

Así también el art. 1455 del Codice c. (Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra).

¹⁷⁴ La Sentencia de 25 de enero de 1991 (ROJ STS 13208/1991), con cita de la de 25 de febrero de 1978, nos recuerda que ha de tenerse presente el principio general de conservación del negocio, que se traduce en el mantenimiento de éste “por respeto a la voluntad contractual” (Sentencias de 11 de junio de 1969 y 4 de marzo de 19759

ha planteado en relación a si en la obligación principal de entrega de la vivienda por el vendedor al comprador viene comprendida como principal también el que la vivienda disponga de licencia de primera ocupación, o ésta tiene carácter accesorio a la entrega física de la vivienda apta, útil y hábil para su uso en los términos convenidos en el contrato, cuando nada se ha dicho sobre la licencia de primera ocupación.

El problema ha provocado que la STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 2266) haya tenido que pronunciar doctrina al respecto, de la que se desprende que cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma, y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza, constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, a quien incumbe tramitar y obtener la licencia de primera ocupación; pero la falta de cumplimiento de este deber sólo se valorará como esencial: (i) de haberse pactado como tal en el contrato; (ii) o, en otro caso, cuando las circunstancias concurrentes hagan pensar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible la contravención de la construcción con el ordenamiento urbanístico.

La licencia de primera ocupación de una edificación –que es cosa distinta a la cédula de habitabilidad- no tiene más objetivo que comprobar la Administración que la edificación se ha realizado conforme al proyecto autorizado en la licencia de construcción: si lo edificado se ajusta a lo proyectado y autorizado en la licencia de construcción, la Administración está obligada a otorgar la licencia de primera ocupación, por cuanto que se trata de un acto reglado; y si transcurre el plazo de un mes en que viene fijado el plazo máximo de respuesta, el peticionario de la misma puede entender que se le ha otorgado por silencio. Y tanto sea por silencio, como por resolución expresa, hemos de tener en cuenta también que por el carácter reglado de esta licencia y por su naturaleza jurídica (que no da ningún derecho que no se tuviera de antemano, sino que se limita a remover los límites de su ejercicio), sus efectos se producirán desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido (art. 43.4 LRJAP), en todo caso, salvo que fuera denegatoria.

Esto quiere decir que, solicitada la licencia de primera ocupación dentro del plazo de entrega de la vivienda, si la Administración se retrasa en su otorgamiento y la edificación se ajusta al proyecto autorizado por la licencia de construcción, puede el peticionario entender otorgada la licencia de primera ocupación por el transcurso de un mes desde su petición, pero no dispondrá de ella físicamente y, para acreditarlo, aunque sirva cualquier medio de prueba admitido en Derecho, lo normal será que se inste a la Administración el correspondiente certificado de acto presunto, lo que, aunque se disponga que debe la Administración facilitararlo en el plazo de 15 días (art. 43.4 LRJAP), también puede la Administración retrasarse y convertir el retraso en la entrega en un plazo que ya no sea razonable para la

virtualidad de la compraventa, con lo que habría de darse lugar al incumplimiento resolutorio, salvo que nos amparemos en la idea que también domina en la jurisprudencia de que el incumplimiento no provoca la resolución si el deudor tiene una justa causa para su comportamiento.

La moderna tendencia jurisprudencial a reconducir los comportamientos resolutorios al concepto de incumplimiento esencial vienen de acuñar a la teoría general del contrato la regulación que para la compraventa internacional de mercaderías se contiene en la Convención de Viena de 1980, a la que se adhiere nuestro ordenamiento por Instrumento de 17 de julio de 1990 a partir de su publicación en el BOE del 30 de enero de 1991. En ella se establece que pueda declarar el comprador resuelto el contrato (art. 49.1-a), en uno de los supuestos, si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumben... constituye un incumplimiento esencial del contrato...; y lo mismo se establece para el vendedor en el art. 64.1.a). Qué se entiende por incumplimiento esencial, se dispone en el art. 25, que será “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Esta es la expresión –la del incumplimiento esencial- que ha tenido mayor acogida en nuestra jurisprudencia últimamente. Y lo define como falta de obtención de la finalidad perseguida..., frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones..., quiebra de la finalidad económica... frustración del fin práctico perseguido...

Sin embargo, no es una expresión tan reciente, pues ya argumenta la STS de 7 de julio de 1982 (ROJ STS 1402/1982) que, en tesis general, la resolución contractual ha de ser “concebida sobre la base de un incumplimiento esencial por alguna de las partes...”; la STS de 25 de enero de 1991 (ROJ STS 13208/1991) nos recuerda que para que opere la resolución del contrato, “se exige... un incumplimiento esencial que atente contra la finalidad perseguida por aquél, que ha de ser consecuencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido” (Sentencias de 1 de febrero de 1966, 4 de octubre de 1983 y 17 de septiembre de 1985), sin que el simple retraso en el cumplimiento determine por sí solo la posibilidad resolutoria (Sentencias de 5 de enero de 1935, 20 de noviembre de 1984 y 13 de julio de 1985), sino que debe haberse producido lo que la Sentencia de 12 de abril de 1945 calificaba como “un hecho obstativo absoluto”. Y nos aclara, respecto de esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que “no se identifica con un proceder doloso del obligado, pero sí requiere falta de justificación (Sentencia de 21 de julio de 1990), continuidad y,

muy particularmente, inequívocidad, a más de que la situación de impago sea duradera.¹⁷⁵

En la STS de 3 de septiembre de 1992 (ROJ STS 19567/1992), se mantiene el argumento de la exigencia de un incumplimiento esencial, del que se dice ha de ser “atentatorio a la finalidad perseguida por el contrato, y que tal incumplimiento se halle carente de justificación y sea continuado, duradero e inequívoco...; lo que también literalmente se transcribe y repite en la SSTS de 3 de septiembre de 1992 (ROJ 6671/1992), 817/1992, de 3 de septiembre (ROJ 6688/1992), de 3 de septiembre de 1992 (STS 6667/1992)...

La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento viene suplida ya por otra idea más desprendida del subjetivismo inicial: por de falta de justificación, porque el incumplimiento sea continuado, duradero e inequívoco.

En otras sentencias de las mismas fechas (tres SSTS de 31 diciembre 1992, ROJ STS 9427/1992, 18820/1992 y 9448/1992), refiriéndose a la STS de 18 noviembre de 1983 nos recuerda que la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria porque en el art. 1124 CC o se distingue entre ejecución total o parcial, y según esta doctrina, la facultad resolutoria requiere no sólo la concurrencia de una voluntad en el infractor deliberadamente rebelde “o la aparición de un hecho que de manera definitiva lo impida frustrando el fin del contrato”, sino que la vulneración de lo pactado ha de reputarse “grave o esencial”, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que por su entidad no decisiva no han impedido que el acreedor obtenga el resultado económico que le movió a contratar (STS de 24 de octubre de 1983).

A modo de resumen podríamos cerrar este apartado exponiendo que para que opere la resolución de un contrato por incumplimiento de la prestación provocado por alguna de las partes, se requieren una serie de requisitos y circunstancias, referidos tanto a los sujetos que intervienen, como a la propia prestación incumplida.

Al sujeto que pretende la resolución contractual se le pide no estar incurso también en infracción de sus deberes de cumplimiento y tener, además, un interés en la resolución que sea jurídicamente atendible; al sujeto frente a quien se dirige la acción resolutoria se exige que la acción/omisión incumplidora le sea atribuible, con independencia de si en su comportamiento ha habido dolo o culpa, lo que en todo caso tendrá importancia en relación con las consecuencias (si ha mediado dolo, por ejemplo, los daños y perjuicios no tendrán la limitación del art. 1107 CC, sino que responderá “de todos los que conocidamente se deriven...”).

¹⁷⁵ Este mismo argumento se repite literalmente en la STS 47/1991, de 25 de enero (ROJ STS 351/1991)

Y al suceso o acaecimiento no conforme con el programa convenido en el contrato, también se le piden una serie de requisitos y circunstancias: en primer lugar, evidentemente, que se trate de una falta o desviación de lo programado en el contrato, de una infracción en la prestación, tomando como referente para su constatación el propio contrato en sí mismo y también según las consecuencias que le sean inherentes “según su naturaleza” (art. 1258 CC); y, en segundo lugar, que se trate de una prestación esencial, que puede serlo la infracción a la que las partes de consuno le hayan dado ese carácter en el contrato, o bien la que, en caso de no haber sido expresamente prevista en el contrato, sea en todo caso capaz de frustrar el fin específico perseguido por las partes, de prestación principal, de obligaciones básicas y principales que afecten al núcleo del contrato.

Las prestaciones accesorias o complementarias, o meramente parciales, así como el retraso en la prestación, no tienen, por regla general, vocación resolutoria del contrato, salvo que, o bien las propias partes en el contrato le hayan atribuido esa categoría de esencial, o bien supongan realmente, en todo caso, la frustración del fin específico perseguido por las partes en el contrato.

Ante un incumplimiento resolutorio, el acreedor dispone de una serie de recursos, para los que rige, en primer lugar, la libertad de elección: “[L]a facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe...” (art. 1124 CC). Y a continuación el mismo precepto legal le otorga al perjudicado poder “escoger entre” (i) exigir el cumplimiento (cumplimiento forzoso específico), salvo que resulte imposible, (ii) o la resolución de la obligación, aún después de haber optado por el cumplimiento específico si éste no resulta posible, (iii) con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

2. Regulación del incumplimiento y sus efectos en los PECL

El capítulo 8 de los PECL lleva el título de “incumplimiento y recursos en general”, para a continuación iniciar su regulación (art. 8:101) exponiendo que cuando el perjudicado no haya sido él mismo quien ha provocado el incumplimiento (porque en este caso sería contrario a la buena fe que el acreedor dispusiera de un remedio siendo al mismo tiempo responsable del incumplimiento), podrá acudir –art. 8:103–: (i) a cualquiera de los medios de respuesta o recursos establecidos al efecto en el capítulo siguiente, si el incumplimiento no puede justificarse; y (ii) si el incumplimiento puede estar justificado, entonces podrá acudir a esos mismos medios, excepto, por lógica, a exigir el cumplimiento específico y a la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, para conocer qué es lo que debemos entender por “incumplimiento”, hemos de acudir al art. 1:301 (4), relativo a las definiciones, cuyo término os dice que “denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato,

esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”.

Por tanto, incumplimiento será toda infracción en el cumplimiento de la prestación, ya sea ésta absoluta y total, o bien parcial, o incompleta, o defectuosa, o tardía..., incluso cuando se trata de una falta de colaboración para que el cumplimiento tenga lugar (deber de colaboración con la otra parte contratante para que el contrato surta plenos efectos, que, tras el deber de actuar conforme a la buena fe –art. 1:201- se recoge también en el art. 1:202), y cualquiera que sea su causa, aunque ésta estuviera justificada, en cuyo caso no podrá el perjudicado reclamar el cumplimiento específico, ni daños y perjuicios derivados del incumplimiento, pero sí cualquiera de los demás recursos.

Para los PECL el incumplimiento se entiende en sentido amplio, y sea o no excusable, y en todos los casos producirá efectos jurídicos, que serán distintos, por supuesto, pero se tratará en todo caso de un incumplimiento.

Un caso de incumplimiento excusable y sus efectos nos lo proporcionan los mismos redactores: como consecuencia de un embargo, a S le resulta imposible cumplir un contrato de fletamento con B; el embargo continúa de manera indefinida y las circunstancias hace que el incumplimiento resulte excusable. No habrá responsabilidad de S por daños y perjuicios, pero podrá B considerar que se trata de un incumplimiento esencial y reclamar la extinción del contrato (recurso del art. 9:301 (1) PECL).

También los PECL posibilitan la elección y la acumulación de los recursos por los que opte el perjudicado (art. 8:102), siempre, claro está, que no sean incompatibles. Por ejemplo, ante un incumplimiento por imposibilidad de cumplimiento no podrá reclamarse el cumplimiento específico; ni una vez pedida la resolución podrá pedirse el cumplimiento específico, porque al pedir la resolución se está declarando la extinción del contrato, y pedir después el cumplimiento es pretender resucitarlo, lo que iría en contra del principio general de la buena fe y lealtad en las transacciones (art. 1:201), y en contra del principio que prohíbe ir contra los propios actos).

En el capítulo 9 de los PECL se exponen los “recursos específicos” a los que puede acogerse el perjudicado en caso del incumplimiento, agrupados en distintas secciones.

La sección primera ofrece como recurso el derecho del perjudicado a exigir el cumplimiento específico de la prestación, distinguiendo entre si se trata de obligaciones pecuniarias (art. 9:101) o bien no pecuniarias (art. 9:102), dando lugar a la posibilidad de compatibilizar la reclamación de indemnización de daños y perjuicios “aun cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido” (art. 9:103). La sección segunda ofrece como recurso la posibilidad de excepcionar el incumplimiento contractual para suspender la ejecución de la

prestación (art. 9:201). La sección tercera ofrece el recurso a la resolución del contrato (arts. 9:301 a 9:309). La sección cuarta ofrece el recurso a reclamar la reducción del precio (art. 9:401). Y en la sección quinta se ofrece al perjudicado el remedio a la reclamación de daños y perjuicios (arts. 9:501 a 9:510).

a) Capítulo 8 PECL. Incumplimiento contractual y medios de tutela en general

Como referíamos anteriormente, el término “incumplimiento” designa, en los PECL, todo no cumplimiento exacto al establecido en el programa de la relación obligatoria, sea por la razón que sea y sea cual sea la disparidad con la prestación convenida; incluso cuando se trata de una disparidad o defecto en el cumplimiento que sea excusable en razón a la imposibilidad del cumplimiento (y del que exonera el art. 8:108 PECL), en cuyo caso no deja de ser un incumplimiento, solo que no podrá ponerse remedio al mismo mediante la exigencia del cumplimiento específico (es lógico, por cuanto que se trata de un cumplimiento específico imposible), ni tampoco exigirse al deudor indemnización por daños y perjuicios, pero sí que podrá acudir el acreedor a los demás remedios arbitrados en caso de incumplimiento, como, por ejemplo, suspender la ejecución de su prestación o resolver el contrato.

Así, señalan los propios redactores del texto en sus comentarios a los arts. 1:301 y 8:101 PECL, que el término del incumplimiento abarca todos los casos de defectos en el cumplimiento, sin distinción, ya se trate de una total inactividad del deudor, como si se trata de una actividad no conforme con la pretensión convenida (por ejemplo, por ser una actividad de cumplimiento tardía, incompleta o defectuosa por cualquier otra razón), y se extiende incluso a los casos en que no se lleva a cabo el deber de las partes en colaborar para que el contrato surta plenos efectos.

Y en el capítulo 8, sin hacer distinciones, procede el texto a reglamentar, en primer lugar (art. 8:101), que cuando se trate de un incumplimiento no excusable, el agraviado puede acudir a cualquiera de los remedios del capítulo 9; y cuando se trate de un incumplimiento excusable (por imposibilidad del cumplimiento), también, a excepción de los relativos a la exigencia del cumplimiento específico y de la indemnización por daños y perjuicios.

En el art. 8:102 se establece la posibilidad de acumular los medios de tutela que no sean incompatibles, sin que en ningún caso el acreedor pierda su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de que utilice antes otro remedio, lo que recuerda la disposición del art. 1124.2 CC cuando establece que se puede escoger entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe, “con el resarcimiento de daños y abono

de intereses en ambos casos”, así como que el acreedor “[T]ambién podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Y a continuación, en el art. 8:103, se nos expone cuándo un incumplimiento da al acreedor el completo abanico de los remedios, incluido el de alcance resolutorio de la relación obligacional (es la categoría jurídica de estos Principios que ha sido más utilizada por la doctrina jurisprudencial española, según veremos), que es cuando se trata de un incumplimiento esencial de la obligación; y esto sucede,

“(a) cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato,

“(b) cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado,

“(c) o cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Según el apartado (a), como señalan sus redactores, lo relevante para calificar al incumplimiento de la obligación de esencial, no es la gravedad del incumplimiento, sino la relevancia dada por las partes, ya sea de modo expreso o implícito (por su naturaleza, por las circunstancias del propio negocio, por la costumbre, etc.), a la concreta prestación en que consiste la obligación establecida por ellas en el contrato.

Las partes pueden compelerse al cumplimiento estricto de todas las obligaciones dimanantes del contrato y darles a todas ese carácter esencial, con lo que cualquier defecto en el cumplimiento puede tener esa consideración de esencial para dar lugar a todo el abanico de remedios, incluida la acción resolutoria de la relación contractual.

En atención al apartado (b), lo relevante para dar lugar a un incumplimiento resolutorio es la gravedad de las consecuencias de ese incumplimiento para el agraviado, con la excepción de que quien incumpla no hubiera previsto esas consecuencias o, razonablemente, no hubiera podido preverlas.

Son significativos para comprender el alcance de este apartado los ejemplos que nos ponen los redactores: si se conviene la construcción de unos garajes y la pavimentación del camino de acceso a los mismos con la estipulación de entrega de la obra para un día determinado, ya que ese día concreto es el señalado para la apertura del almacén al que deben servir los garajes, y llegado el día los garajes se han construido y también el camino pero éste no se ha pavimentado y esto no permite utilizar los garajes, este incumplimiento sería esencial. Sin embargo, si a

pesar de que el camino no se ha pavimentado puede transitarse y ser utilizados los garajes, el incumplimiento no será esencial.

No será tampoco esencial el incumplimiento –según otro ejemplo que nos facilitan los redactores- cuando se celebra un contrato para la instalación de un sistema de calefacción en una vivienda que debe mantener siempre una temperatura constante en todas las habitaciones de 20 grados y por un defecto en una de las tuberías la temperatura baja en una de las habitaciones 2 grados, coincidiendo que se trata precisamente de una habitación que, sin saberlo el instalador, ni haberlo podido prever razonablemente, se utilizaba para el cuidado y desarrollo de algunas especies de plantas poco comunes y muy sensibles a los cambios de temperatura y como consecuencia de ello mueren y se echan a perder años de trabajo de su cultivador. En este caso, las consecuencias del incumplimiento para una de las partes es grave, pero estas consecuencias no las había previsto la parte que incumple, ni tampoco razonablemente había podido preverlas.

El tercero y último de los apartados de esta regla, el apartado (c), no tiene en cuenta la importancia y la gravedad de las consecuencias del incumplimiento, sino la intencionalidad del incumplidor, aunque lo incumplido sea de escasa importancia y sus consecuencias no priven a la parte perjudicada del beneficio de su negocio, si ha sido intencionado y ha dado al perjudicado motivos para considerar que no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que ese concreto incumplimiento sin excesiva importancia, ni gravedad, aunque intencionado, no será tampoco considerado esencial sin la previsión de desconfianza futura en el cumplimiento.

Uno de los ejemplos que se nos facilita es el de un contrato para vender exclusivamente productos de un determinado fabricante y, sin embargo, convenimos también con otro fabricante de la competencia la venta de sus productos, aunque sin éxito porque no ha afectado a la venta de los primeros. Se trataría de un incumplimiento esencial y podría alegarse para la resolución del contrato, porque se debe prestación futura y, aun así, si este comportamiento nos da razones para suponer que tampoco se va a cumplir en el futuro.

En similares términos al apartado (b) del art. 8:103 PECL define también el incumplimiento esencial el art. 25 CISG:

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

Si el incumplimiento no es esencial, sino que se trata de una prestación defectuosa (art. 8:104 PECL) que es rechazada por el acreedor por tal razón, puede la parte que ha incumplido proceder a una nueva prestación que sea conforme con el programa convenido, siempre que no haya vencido la obligación o el retraso no suponga un incumplimiento esencial.

Dado que en la reciente doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales abundan los casos en que se ha pretendido la resolución del contrato de compraventa de viviendas en construcción argumentando el comprador para ello un retraso en la fecha de entrega, resulta interesante referir el tercero de los ejemplos que respecto de esta regla del art. 8:104 PECL nos ofrecen sus redactores para explicarnos su contenido: se trata de un contrato de obra para la construcción de una vivienda entre promotor y constructor en el que establecen que debe estar terminada para una determinada fecha; y, llegada esa fecha, falta todavía construir e instalar algunos elementos importantes de la vivienda. En el ejemplo se nos dice que, puesto que el plazo para acabar el trabajo no suele formar parte de la esencia de los contratos de obra, el constructor podrá terminarla antes de que el retraso se constituya en un incumplimiento esencial, como sería el caso de que se le comunicara por el promotor la concesión de un plazo adicional razonable -como así habilita el art. 8:106 (3) PECL- y éste expirara.

Sin embargo, el hecho de que este retraso no suponga un incumplimiento esencial, no significa que la parte perjudicada no pueda reclamar el pago de los daños y perjuicios causados por ese retraso, además de poder dejar en suspenso el cumplimiento, en su caso, de sus correlativas obligaciones, a todo lo que así le autoriza la regla del art. 8:106 (2) PECL.

En cuanto a la responsabilidad por el incumplimiento, el art. 8:108 PECL exonera al deudor cuando no puede proceder al cumplimiento (cumplimiento imposible) por un impedimento que queda fuera de su control (fuerza mayor), “y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias”.

Se trata de los supuestos de exoneración de responsabilidad por fuerza mayor a que se refiere el art. 1105 CC (“... nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”).

Los requisitos para dar lugar a esta exoneración de responsabilidad, pese al incumplimiento, son (i) en primer lugar, que, además de que el obstáculo realmente imposibilite el cumplimiento, se trate de algo que esté fuera del control y riesgo del deudor (si el fabricante no cumple con sus clientes por una huelga de sus trabajadores, no estaría fuera de su control; sin embargo, si esta huelga lo es de trabajadores de otra empresa de la que él depende y necesita para la fabricación, estaría fuera de su control y podría dar lugar a esta exoneración de responsabilidad si se dan los demás requisitos); (ii) en segundo lugar, que se trate

no solo de un obstáculo imprevisto sino también razonablemente; y (iii) en tercer lugar, que, también razonablemente, no se haya podido evitar el obstáculo, ni, acaecido, superarlo.

Si el impedimento que hace imposible el cumplimiento de la obligación es temporal -art. 8:108 (2)-, también la exoneración será temporal, pero si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial –porque el plazo es esencial-, el acreedor puede considerar la existencia de un incumplimiento esencial y resolver el contrato. Es significativo el ejemplo del almacén que contiene materias primas de un fabricante de productos farmacéuticos y que se inunda de forma imprevista, resultando dañados los materiales de manera que se hacen inutilizables, en cuyo caso se dará una exoneración temporal por el tiempo de la inundación, más el necesario razonablemente para conseguir nuevos suministros del material, pero si el retraso supera el límite del plazo esencial para el perjudicado, éste podrá considerar el incumplimiento esencial a los efectos de resolver el contrato.

En todo caso, ante el acaecimiento de un obstáculo que impida y haga imposible de esta manera el cumplimiento de la obligación, el art. 8:108 (3) PECL hace uso del principio de la buena fe que impregna todo el mecanismo contractual y exige que, en un plazo razonable desde que se conoce el obstáculo, se haga a la otra parte una comunicación del impedimento y de su alcance.

En similares términos se regula también esta exoneración de responsabilidad en el art. 79 CISG:

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

(...)

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

“4.- La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas...

Por último, debemos citar también que esta regulación del incumplimiento se completa con las previsiones de los arts. 8:105, 8:107 y 8:109 PECL.

En el art. 8:105 PECL se posibilita, a la parte que esté convencida, de manera razonable, de que la otra va a incumplir sus obligaciones de manera esencial, a

exigirle la prestación de garantías del correcto cumplimiento y, entre tanto, dejar en suspenso el cumplimiento de sus contraprestaciones mientras persista aquel convencimiento razonable, y si no se le prestan esas garantías puede poner fin al contrato, comunicándolo.

En el art. 8:107 PECL se posibilita al deudor que encomiende a un tercero el cumplimiento del contrato (art. 8:107 PECL), pero sin dejar por ello de seguir siendo responsable, lo que se ha de poner en relación con lo establecido en la regla del art. 7:106 PECL que, salvo si se trata de una obligación de ejecución personalísima, obliga al acreedor a no rechazar el cumplimiento por un tercero en el caso (a) de que el tercero actúe con el consentimiento del deudor, o (b) en el caso de que el tercero tenga un interés legítimo en la ejecución y el deudor no haya cumplido (o resulte manifiesto que no va a cumplir al tiempo del vencimiento de la obligación). Y en estos casos, el cumplimiento por el tercero, si es satisfactivo para el acreedor según el programa del convenio obligacional, resultará asimismo liberatorio para el deudor.

Y en el art. 8:109 PECL, haciendo uso de la libertad que tienen las partes de delimitar el contenido del contrato, se les posibilita también a excluir o limitar los medios de protección de sus créditos para el caso de incumplimiento, salvo que esa exclusión o limitación resulte contraria a la buena fe.

b) Capítulo 9 PECL. Remedios específicos en caso de incumplimiento

Se recogen en este capítulo los distintos medios o recursos con que cuenta el acreedor frente al incumplimiento del deudor; y estos son: (i) el derecho a exigir el cumplimiento; (ii) derecho a suspender la contraprestación oponiendo la excepción de incumplimiento; (iii) derecho a resolver el contrato; (iv) derecho a la reducción del precio; y (v) derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

Como ya hemos dejado expuesto en el apartado anterior, no todo o cualquier incumplimiento del deudor da cabida para que el acreedor opte por uno u otro de estos recursos. Si el cumplimiento de la prestación resulta imposible, es lógico no poder acudir al recurso del cumplimiento específico; y si el incumplimiento resulta justificado (por razón de fuerza mayor), tampoco podrá el acreedor reclamar indemnización por daños y perjuicios.

Por tanto (art. 8:101 PECL):

- si el incumplimiento resulta justificado, el agraviado puede recurrir a cualquiera de los medios del capítulo 9, a excepción de la pretensión de cumplimiento (i) y de indemnización de daños y perjuicios (ii)

- en otro caso, cuando el incumplimiento no resulta justificado, se puede acudir a cualquiera de los remedios.

En relación con el derecho a exigir el cumplimiento, se distingue entre si se trata de obligaciones pecuniarias (art. 9:101) o no pecuniarias (art. 9:102).

En el caso de obligaciones pecuniarias, con independencia del modo de pago y del tipo de moneda, la regla general es la posibilidad de poderlas reclamar siempre. Pero se establecen dos limitaciones: cuando el deudor se niega a aceptar la prestación del acreedor, éste puede, no obstante, prestarla y reclamar el precio al deudor, salvo que (i) el acreedor tuviera la posibilidad de reventa sin esfuerzo o gastos excesivos, (ii) o no fuera razonable llevar a cabo la prestación conforme a las circunstancias.

El primer supuesto de limitación tiene su antecedente en el art. 61.2 ULIS¹⁷⁶; pero el art. 62 CISG la suprimió, y ahora vuelven los PECL a ponerla en escena. El segundo viene de la práctica inglesa, irlandesa y escocesa, ante las dificultades planteadas, sobre todo en contratos de prestación de servicios, cuando el receptor de los mismos advierte al prestador con antelación que ya no los necesita y el prestador, no obstante, persiste en la prestación y reclama el precio.

En el caso de obligaciones no pecuniarias (art. 9:102), el acreedor tiene derecho a reclamar (si este derecho lo ejercita en un plazo razonable desde que sepa del incumplimiento –art. 9:102 (3) - el cumplimiento forzoso específico o, en su caso, la reparación del cumplimiento de defectuoso.

No puede forzarse el cumplimiento específico, y se habrá de acudir a otras soluciones, como la indemnización o incluso la resolución del contrato, cuando: (i) resulte ilícito o imposible¹⁷⁷; (ii) provoque en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables¹⁷⁸; (iii) se trate de una prestación de servicios u obra de carácter

¹⁷⁶ Como sanciones por la falta de pago, establecía el art. 61 de la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que “1.- Si el comprador no paga el precio en las condiciones establecidas en el contrato y por la presente Ley, el vendedor tiene derecho a exigirle el cumplimiento de su obligación. 2.- El vendedor no podrá exigir del comprador el pago del precio, si éste está de acuerdo con los usos y fuere razonablemente posible para el vendedor la reventa de la cosa. En tal caso, el contrato se rescindirá de pleno derecho a partir de la fecha en que la reventa se efectuara.

¹⁷⁷ Por razones que son obvias no podrá reclamarse la prestación que resulta imposible, ya sea de hecho (cuando algo simplemente no es posible realizarlo), o ya sea porque resulte contrario a la legalidad, sea porque la misma ley lo prohíbe, sea porque frente al obligado goce un tercero de prioridad respecto de la misma prestación.

¹⁷⁸ El ejemplo que nos ponen sus comentaristas es significativo y fácil de comprender: A ha vendido un yate a B y se ha pactado su entrega en el domicilio de B; durante la navegación hacia el domicilio de B el yate sufre un abordaje con otro barco y se hunde a 200 metros de profundidad. Los gastos de rescate del yate supondrían, por ejemplo, 40 veces su valor. Exigir el cumplimiento específico sería desproporcionado.

personalísimo o basada en relación personal¹⁷⁹; (iv) pueda el perjudicad obtener la prestación por otras vías menos gravosas para el deudor¹⁸⁰.

El requisito general para el ejercicio de la acción de que se ejercite dentro de un plazo razonable desde que se supo del incumplimiento –art. 9:102 (3)-, nos indican sus comentaristas que se trata de un principio del common law, de que la parte perjudicada que se retrasa de manera irrazonable en reclamar el cumplimiento in natura puede perder su demanda, y que está también esta misma idea en la CISG, limitada a los casos en que el comprador pide la entrega de determinados bienes en sustitución de lo debido y la reparación de bienes defectuosos [art. 46(2) y (3)]; y dicen también que no existe regla equivalente en España. Sin embargo, podemos constatar que la jurisprudencia la tiene introducida esta regla por la vía del principio de la buena fe (ex art. 7 CC), y se ha referido al mismo, precisándolo como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, por ejemplo, en la STS 236/1982, de 21 de mayo (ROJ STS 62/1982), con cita y referencia a la STS de 29 de enero de 1965, al establecer una serie de supuestos típicos que contradicen el principio de buena fe, como la teoría de los propios actos y el “ejercicio de un derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo –retraso desleal-, (...) vulnerando las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho...”, argumento que se repetirá en otras posteriores, como por ejemplo la STS 716/1995, de 13 de julio (ROJ STS 11416/1995) y la STS 48/1996, de 2 de febrero (ROJ STS 7909/1996), citándose en ésta aquella de 21 de mayo de 1992, y otras más recientes como la STS Pleno 532/2013, de 19 de septiembre (ROJ STS 4673/2013), en cuyo FD 13 valora que “[U]na de las modulaciones de la institución de la buena fe es la “*verwirkung*” o retraso desleal, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia

¹⁷⁹ Se trata de servicios que exigen una determinada pericia o experiencia concreta en una materia artística o científica o los servicios que se llevan a cabo en el marco de una relación personal y confidencial. No se incluyen en este concepto aquellas obras que, por ejemplo, pactan que no se puedan subcontratar. La razón de ser de estas excepciones tiene tres consideraciones: que un juez exija el cumplimiento de una obra o servicio personal –por ejemplo, que el escultor realice la escultura encargada- atentaría a la libertad de la persona que decide no cumplir; por otra parte, normalmente los servicios que se exigen de manera forzosa no suelen realizarse a plena satisfacción del acreedor (v.gr., pintar un cuadro por el pintor que decide no cumplir; o la reparación de los defectos de la construcción en viviendas, que es preferible reclamar la indemnización del daño que la reparación in natura, por cuanto que la voluntad y predisposición al correcto cumplimiento del constructor-promotor es lógico que dejara mucho por desear); y la tercera consideración sería la dificultad para los órganos judiciales el seguimiento del correcto cumplimiento de la prestación contenida en la orden de ejecución.

¹⁸⁰ En la práctica es a veces más satisfactorio y menos gravoso para el acreedor solicitar la resolución y la indemnización de daños y perjuicios que pedir el cumplimiento específico del deudor. El ejemplo que se nos ofrece es el de la venta de un conjunto de sillas corrientes y sin especial valor que el vendedor se niega a entregar. Si el vendedor prueba que el comprador puede obtener esas mismas sillas por otras vías sin especial problema, el comprador no puede reclamar el cumplimiento específico, aunque el coste le sea mayor, siempre que el vendedor se encuentre en disposición de atender la indemnización de daños y perjuicios por la diferencia de precio.

alemanas y asumida por nuestra jurisprudencia, según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará”. Y con cita y transcripción literal del argumento de la STS 352/2010, de 7 de junio, se expone que “[L]a doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTS de 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987, 13 de julio de 1995, 4 de julio de 1997). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002, recurso 901/1997)”.

Y precisamente esta regla de los PECL es la que aparece en la primera de las Sentencias de nuestros tribunales que mencionan este texto académico; en la **STSJ Navarra 43/2003, de 6 de octubre** (ROJ STSJ NAV 1335/2003), de la que es Ponente el Magistrado Francisco Javier Fernández Urzainqui, y en cuyo punto 5 del FD 8 expresa que,

“[C]onstituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una obligación contractual se ejercite tempestivamente en un “tiempo razonable”, a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada”.

En la reciente STSJ Cataluña (Sala Civil y Penal) núm. 14/2014, de 10 de marzo, de la que es Ponente la Magistrada María Eugenia Alegret Burgués, en su FD 7 trata del principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos para decirnos que es tradicional en el derecho civil de Cataluña, como en otros ordenamientos afines, pues proviene de la recepción del Derecho romano postclásico, y así lo ha recogido la Ley primera del Código Civil de Cataluña (la Ley 29/2002, de 30 de octubre), que introduce normativamente el concepto en el art. 111-7 con el siguiente tenor: En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos.

Considera que, junto con la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium*), que tiene su regulación específica en el art. 111-8 CCCat, la doctrina del retraso desleal también está ínsita en el art. 111-7 CCCat, precepto que,

“se halla inspirado en los Principles of European Contract Law de 1998 que preparó la Comisión Lando y que coinciden también con los que en el año 2008 adoptaría la Comisión Europea en el Draft Common Frame of Reference (DCFR), si bien... como norma de carácter general no se ciñe únicamente a las relaciones contractuales sino que se extiende a todas las relaciones jurídicas”

Nos cita esta sentencia la del propio Tribunal –STSJ Cataluña- 21/2008, en la que se afirmaba que una de las manifestaciones del principio de buena fe en el ejercicio de los derechos era la admisión de la doctrina del retraso desleal, procedente de la doctrina alemana.

Por último, en esta primera sección, relativa al derecho a exigir el cumplimiento específico, del capítulo relativo a los recursos específicos en caso de incumplimiento, se establece la regla de que en los casos en que resulte excluido el cumplimiento específico, salvo que el incumplimiento estuviera justificado, se entenderá resuelto el contrato y se conserva el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (art. 9:103).

El segundo de los remedios específicos que se establecen para el caso de incumplimiento de la prestación (sección segunda de este capítulo 9 de los PECL) es el derecho a suspender o diferir la realización de nuestra prestación (la *exceptio non adimpleti contractus*), quedando así, por una parte, protegidos porque no adelantamos nuestro crédito y, por otra, se incita al deudor al cumplimiento, porque hasta que no cumpla no recibirá la contraprestación.

El problema que se plantea en este caso es que la regulación de este recurso en los PECL no requiere, para dar lugar a la suspensión de la prestación, que el incumplimiento de la otra parte sea de carácter esencial (en los países del *common law* sí que se exige carácter esencial al incumplimiento, o que la prestación y la contraprestación esté explícita o implícitamente condicionada la una a la otra). Pero en todo caso habrá de ser una suspensión “razonable”, para lo que los comentaristas nos ofrecen el ejemplo de la compra de un coche nuevo en un concesionario y en que cuando vamos a recogerlo nos encontramos con que tiene un pequeño rasguño en la carrocería. En tal caso, podemos no aceptar el coche y no pagar hasta que se repare el rasguño. Pero si resulta que el coche se nos ha entregado por virtud del contrato en un lugar distante del concesionario y en donde se nos entrega no hay concesionario, y advertimos del rasguño, no sería razonable desatender la entrega y retorno del coche para su reparación, con suspensión del pago del precio, si en el lugar de entrega puede ser reparado con los medios y precios del lugar, por lo que a lo que habría derecho sería a la reducción del precio en el importe de la reparación.

En la sección tercera del capítulo 9 de los PECL se recogen las reglas relativas a la resolución del contrato como remedio específico para el caso de incumplimiento, exigiéndose –art. 9:301- (i) que éste sea esencial (en el sentido del art. 8:103 PECL), (ii) pudiendo darse también el remedio de la resolución para el caso de demora en el cumplimiento que no constituya un incumplimiento esencial, cuando la parte perjudicada hubiera dado a la otra una prórroga de duración razonable para proceder al cumplimiento y, no obstante, concluye el plazo previsto sin que tenga lugar el cumplimiento, en cuyo caso la resolución será automática si así se le advirtió al deudor al tiempo de darle la prórroga.

Cuando el contrato es de tracto sucesivo o ejecución fraccionada, según la regla del art. 9:302 la parte perjudicada puede ejercer esta facultad resolutoria sobre aquella parte del contrato que se incumple de manera esencial y respecto de la parte que en porcentaje pueda determinarse la contraprestación a que afecta el incumplimiento, pudiendo también resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto del contrato.

La norma general es que la acción resolutoria se puede ejercitar entre las partes, sin que sea preciso acudir a que el órgano judicial o arbitral la decrete, pero sí el procedimiento de comunicación que se regula en el art. 9:303 y con las excepciones que en el mismo se establecen.

El ejercicio de la acción resolutoria por el perjudicado debe tener lugar, y comunicarse a la otra parte, en un plazo razonable [art. 9:303 (2)] desde que se conoce, o se debe haber conocido, el incumplimiento resolutorio, plazo que, en cuanto al tiempo, dependerá de las circunstancias.

Una vez vencido el plazo de cumplimiento, (i) si el perjudicado pretende no obstante recibir la prestación, pero ignora si la otra tiene intención, o no de cumplir, lo que debe hacer es ejercitar la acción de cumplimiento específico y hacerlo en un plazo prudencial (para no incurrir en el retraso desleal); (ii) si el perjudicado no quiere ya recibir la prestación o no se ha decidido e ignora si la otra parte tiene intención de cumplir, puede esperar a que se produzca el cumplimiento y decidirse entonces sobre su aceptación o rechazo; pero si la parte deudora quiere, puede preguntar a la perjudicada si todavía desea recibir la prestación, en cuyo caso debe el perjudicado responder sin demora; y (iii) si al perjudicado ya no le interesa recibir la prestación, y tiene motivos para pensar que la otra parte puede todavía cumplir en un plazo prudencial o razonable, no sería acorde a la buena fe prolongar el tiempo y proceder a la resolución en el momento en que se produjera el ofrecimiento de cumplimiento, por lo que el art. 9:303 (3) (b) exige que se comunica a la otra parte la intención de no aceptar la prestación, so pena de perder el derecho a la resolución si la otra parte cumple efectivamente en un plazo razonable.

La resolución del contrato inter-partes, ante un incumplimiento resolutorio de alguna de las partes, no requiere en los PECL que sea decretada por los órganos

judiciales o arbitrales, en contra de lo que dicen sus comentaristas que se exige en otros ordenamientos; y citan al francés, belga, italiano y español, que dicen suelen requerir que la acción de resolución se interponga ante un órgano judicial; y refieren también que en el ordenamiento español, si la parte contra la que se dirige la comunicación resolutoria lo acepta, la comunicación puede ser eficaz (amparándose para este comentario en las obras de Díez-Picazo, II, 722; Lacruz-Delgado, II, 1 § 26, 204; y Ministerio de Justicia, art. 1124).

En realidad, el problema que ciertamente se ha planteado en la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, relativa a si es precisa o no la sanción judicial para dar eficacia a la resolución de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, es un problema que tiene su enlace con el origen histórico de la propia institución resolutoria de este tipo de relaciones.

En el Derecho romano no parecía imaginable un incumplimiento contractual (*pacta sunt servanda*) porque ante la negativa al cumplimiento la acción era la correspondiente a la exigencia del cumplimiento específico (*actio empti*, para exigir la entrega de la cosa al vendedor; *actio venditi* para exigir el pago del precio al comprador; la *actio locati*, para reclamar el arrendador la restitución de la cosa arrendada y las responsabilidades inherentes; la *actio conducti*, para reclamar el arrendatario el cumplimiento de las obligaciones al arrendador...)

Para solventar otros problemas que pudieran surgir de las relaciones jurídicas y del sinalagma prestacional, se convenían pactos añadidos, como la *actio auctoritatis*, para reclamar el doble del precio pagado en la adquisición de la propiedad en caso de evicción, o después la *stipulatio duplae* como estipulación en la compraventa.

Y así como estas estipulaciones añadidas con el transcurso del tiempo y la práctica habitual debieron irse integrando como algo ya connatural al propio contrato, sin necesidad de su expresa estipulación y como consecuencia de la *bona fides* contractual¹⁸¹, entendiéndose por tanto implícitas en el contrato en cuestión, quizás ocurriría lo mismo con la facultad resolutoria del contrato para el caso de incumplimiento, pero más tarde.

En la venta, y para protección del vendedor, se le dio la solución de establecer el pacto de *lex commissoria*, por virtud del cual si el comprador no pagaba el precio podía pedir el vendedor la recuperación de la cosa entregada, si bien no como resultado de la previa idea de resolución del contrato. En los contratos innominados se llegó a dar una doble sanción al incumplimiento: la acción ejecutiva y, además, la acción de repetición (*condictio*) de la prestación ya realizada (con fundamento en los principios del enriquecimiento injusto).

¹⁸¹ GIMENEZ CANDELA, T. Derecho Privado Romano, Valencia, 1999, p. 466

La idea de la resolución del contrato con base en el incumplimiento de las obligaciones de la relación obligatoria y ruptura del sinalagma prestacional, parece ser que se abre camino por influencia del Derecho canónico, en el que se enuncia el adagio “*fraganti fidem non est fides servanda*”, lo que significa la consagración del principio del respeto a la palabra dada (a quien quebranta su palabra, no hay que guardarle la dada). En consecuencia, ante el quebrantamiento de la palabra de una de las partes, la otra podía optar por excepcionar ese incumplimiento para el cumplimiento de la propia, o pedir la resolución del convenio. Pero la resolución no se producía ipso iure, sino que se exigía que el cumplidor de su palabra emplazara al incumplidor de la suya ante el tribunal eclesiástico para, ante él, hacer constar la violación de la palabra dada y exigir que se le liberara a él del cumplimiento de la propia.

Del Derecho canónico pasaría esta idea al Derecho consuetudinario francés, venciendo quizás la resistencia de los romanistas, en el que ya era frecuente en la práctica establecer la resolución del contrato por incumplimiento como condición o estipulación expresa, y, con la práctica, y como pasara con la *stipulatio duplae*, se haría connatural al propio contrato sin necesidad de su pacto expreso.

En el s. XVIII, nos afirma Pothier la existencia de esta regla ya introducida por la práctica jurisprudencial como consecuencia de que –como nos narra- “por lo regular no hay posibilidad de cobrar de los deudores sin grandes desembolsos, [por lo que] ha sido forzoso a los tribunales separarse del rigor de tales principios¹⁸², consintiendo que el vendedor pida la anulación del contrato de venta por falta de pago del precio, aunque no haya pacto comisorio”. Y esta doctrina jurisprudencial pasa después a la Codificación, que en el art. 1484 del Code se recoge con el siguiente tenor:

“[L]a condición resolutoria se subentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una parte no cumpla su obligación”

“En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación a que se obligó la otra puede optar entre obligar a ésta a que la cumpla, mientras sea posible, o reclamar la resolución con daños y perjuicios.

“La resolución debe demandarse a los tribunales, y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias”.

Al art. 1124 de nuestro Código Civil actual (de 1888) pasará a través del art. 1042 del Proyecto de 1851, en el que según García Goyena se contenía una solución vaga en el Derecho romano y en el de su posterior evolución, precisando que era necesario acudir a los tribunales para la sanción resolutoria incluso cuando ésta,

¹⁸² Con referencia a la idea de que el vendedor sólo podía pedir el pago del precio y no que el contrato quedara sin efecto, en caso de incumplimiento en el pago del precio.

no ya sólo fuera implícita, sino también cuando hubiera sido expresamente pactada en el contrato.

No es objeto de nuestro estudio profundizar en esta materia, pero del art. 1124 CC no entendemos pueda deducirse sin discusión la obligatoriedad de la sanción judicial a la resolución del contrato, salvo para el caso de que la parte a la que se dirige la comunicación de resolución por su incumplimiento no la acepte (nos referimos a la resolución, no al incumplimiento, que puede discutirlo y para lo que sí que se hará precisa la resolución judicial), porque si la acepta (la resolución), vendría a ser una resolución de consuno con amparo en la misma fuerza y libertad de pactos que su inicial convenio. El acudir a los órganos judiciales se hará preciso solamente en el caso de que no se acepte la circunstancia del incumplimiento o su alcance resolutorio, y sus consecuencias.

La STS 177/1989, de 28 de febrero (ROJ STS 8988/1989), en su FD 3 nos concreta que

“[L]a facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato (Sentencias de 8 de julio de 1983, 19 de noviembre de 1984, 1 de junio de 1987 y 14 de junio de 1988)¹⁸³ ...

Precisamente a esta sentencia se refiere la SAP Córdoba, sección 1, de 26 de julio de 2005 (JUR 2005, 224454), de la que es Ponente el magistrado Eduardo Baena Ruiz, y en la que también se añade que este es el sistema,

¹⁸³ “... impugnación de la resolución extrajudicial que ha de ser examinada a la luz de la reiterada doctrina jurisprudencial que exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: 1º) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron. 2º) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. 3º) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendadas la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. 4º) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de ésta que, de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable lo origine, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. 5º) Que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso, habiendo sentado asimismo este Tribunal Supremo que, en principio, la declaración del cumplimiento o incumplimiento por parte de los contratantes es una cuestión fáctica, atacable por la vía de error en la apreciación de la prueba cuando ello depende sólo de que se hayan realizado u omitido determinados actos, si bien puede también constituir una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento de éste más que en los actos ejecutados en la trascendencia jurídica de los mismos (sentencias de 21 de junio de 1966, 8 de febrero de 1980, 21 de marzo de 1986 y 29 febrero de 1988)”.

“que también se sigue en el art. 26 CISG o en el art. 9:303 de los Principios Lando”

En el art. 9:304 PECL se equipara el incumplimiento previsible al incumplimiento efectivo, otorgando el derecho a la resolución del contrato cuando con carácter previo al vencimiento resulta ya evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial. Pero para aplicar esta regla, la previsibilidad del incumplimiento debe resultar clara y manifiesta, no basta una mera duda en torno a la voluntad o capacidad del obligado a la prestación debe resultar claro y manifiesto el previsible.

En cuanto a los efectos generales de la resolución, la regla del art. 9:305 PECL le atribuye (i) un efecto liberatorio para ambas partes, (ii) con las consecuencias restitutorias de las prestaciones, si son susceptibles, según las reglas de los arts. 9:306; 9:307; y 9:308, y, si no son susceptibles de restitución, según la regla del art. 9:309.

Otro de los remedios es la regla del art. 9:401 que generaliza para todos los contratos la *actio quanti minoris*. Cuando la prestación es incompleta o incumple de otro modo el contrato, el perjudicado tiene derecho, aunque ese incumplimiento esté justificado, (i) a aceptar la prestación incompleta con una reducción del precio o valor de su contraprestación, o, (ii) a no aceptar y, entonces, bien reclamar la restitución –art. 9:307- o bien una reclamación de daños y perjuicios.

En la sección 5 de este capítulo 9 de los PECL se ofrece al perjudicado como remedio el derecho a la indemnización por daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento haya sido injustificado y le haya en realidad producido pérdidas.

Si la obligación incumplida es de resultado, el derecho a la indemnización se da con independencia de que haya intervenido culpa o no del deudor; si es de medios, sólo se exige un nivel de actuación de cuidado y profesionalidad razonable.

En los daños y perjuicios se incluyen tanto las pérdidas pecuniarias como las pérdidas no pecuniarias (por ejemplo, daños, sufrimientos, molestias, cargas psicológicas o daños morales), y también las pérdidas futuras (las que se producirán después de haberse valorado los daños), que vendrán dadas tanto por la pérdida efectiva (daño emergente), como por los beneficios que el perjudicado podría haber esperado ganar (lucro cesante).

El importe de la indemnización tiende a situar al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera tenido de haberse dado el cumplimiento conforme a los términos del contrato (art. 9:502). Y si el incumplimiento no es deliberado o gravemente negligente, la responsabilidad sólo alcanza a las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente al concluir el contrato (art. 9:503).

Pero en todo caso se ha de tener en cuenta también el comportamiento del propio perjudicado para deducir de la indemnización el alcance de su comportamiento (art. 9:504) o para añadir a la indemnización el importe de los gastos razonables que hubiera hecho para mitigar el daño (art. 9:505).

Las reglas de los art. 9:506, 9:507 y 9:508 son unas partidas más, especiales si se quiere, de las partidas de pérdidas a incluir en la indemnización por daños y perjuicios, que viene dada por la diferencia entre el valor del negocio del contrato (que se resuelve por el incumplimiento) y, en el primer caso, el valor del negocio de remplazo o de sustitución que realice el perjudicado con un tercero, en el segundo, si no realiza este negocio de sustitución, con el valor o precio corriente de mercado del negocio en el momento de su resolución, y en el tercer caso, por los intereses, cuando la prestación se refiere al pago de una cantidad de dinero cuyo cumplimiento se retrasa.

En el art. 9:509 nos dan los PECL como remedio al incumplimiento la posibilidad de pactar en el contrato una indemnización para el caso de incumplimiento consistente en una suma determinada de dinero, suma que deberá percibir el perjudicado con independencia de que el daño efectivamente causado fuera otro, suma que podrá ser moderada cuando su importe resultara exagerado. Se trata de la cláusula penal que regula en nuestro ordenamiento el art. 1152 CC y siguientes, que por una parte incita al deudor al cumplimiento (porque el incumplimiento le saldría más caro) y, por otra, evita las dificultades y complicaciones que supone el cálculo de la indemnización por los daños y perjuicios¹⁸⁴.

En nuestro ordenamiento, ciertamente tiene esta cláusula la originaria función punitiva, que buscaba y busca presionar o incitar al deudor para que cumpla voluntariamente, y también la función indemnizatoria de los daños y perjuicios, haciendo una liquidación anticipada y estimativa de los mismos. En ninguno de ambos casos podrá el Juez proceder a una modificación equitativa en razón a la acomodación o no de su importe a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, si éste es completo y total; solamente podrá intervenir y modificar la pena si el incumplimiento ha sido parcial o la obligación ha sido irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC).

La ley 518 FN impide expresamente la moderación judicial de la pena y expresamente también dispone su carácter subsidiario y no alternativo, pudiendo el acreedor rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la

¹⁸⁴ La STS de 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 4284), con cita de otras anteriores, nos explica que el art. 1152 CC “autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios”

indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal.

La diferencia de nuestro ordenamiento con la regulación del art. 9:509 PECL, parece estar en que aquí, en los PECL, aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada como indemnización para el caso de incumplimiento podrá siempre ser reducida a una cifra más razonable si su importe resulta exagerado.

De esta manera parece que los PECL pretenden acercar posiciones al Derecho inglés, en que las cláusulas estrictamente penales se rechazan; en el *common law* – como dicen los redactores de los PECL en sus notas a esta regla del art. 9:509-, las cláusulas de pago estipulado son de dos tipos: las penales (*penalty clauses*) y las de estipulación de daños y perjuicios (*liquidated damages*); las primeras son nulas, al imponerse para obligar al deudor a cumplir la obligación, y las segundas son válidas, e inmodificables o inmoderables, al consistir en una valoración anticipada de las pérdidas que se sufrirían en caso de incumplimiento imputable al deudor. Discernir cuándo se trata de una u otra categoría de cláusulas, puede ser fácil en algunos casos, pero no en otros. Será fácil cuando el importe de la liquidación anticipada de la indemnización aparezca exageradamente exorbitado en relación al daño efectivo que el incumplimiento puede llegar a producir al perjudicado, pero no en otro caso.

Y se cierra este capítulo 9 de los PECL con la regla que establece como moneda en que deben calcularse los daños aquella que refleje con mayor precisión las pérdidas sufridas por el perjudicado.

D. Utilización de las reglas de los capítulos 8 y 9 de los PECL por los Tribunales españoles.

Expondremos a continuación, por orden cronológico de aparición, las distintas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como una breve referencia a los de las Audiencias Provinciales, que se han referido en sus argumentos a algunas de las reglas que se han expuesto relativas al incumplimiento contractual y sus medios de tutela en general (capítulo 8) y relativas a los remedios específicos en caso de incumplimiento (capítulo 9).

1. Sentencias del Tribunal Supremo

(i) STS 10 octubre 2005 (ROJ STS 6005/2005) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías.

El litigio versa sobre el incumplimiento de un contrato de transporte de mercancías, regulado por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres y su Reglamento (aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre), a cuyo régimen se sujetaba la relación entre el demandante y la empresa cargadora o comercializadora, después de que el Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido aprobado por RD legislativo 1/1995, de 24 de marzo) en su artículo 1.3, último párrafo, excluyera del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

Por tanto, a partir de entonces, el contrato dejó de tener naturaleza laboral para pasar a ser un contrato mercantil; y el conflicto surge cuando la empresa se niega a la exigencia del demandante de que le auxilie con un mozo en las tareas de carga y descarga del camión y negarse entonces también el demandante a realizar los portes ofrecidos por la empresa, por lo que ésta procede a la resolución del contrato alegando incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El demandante alega que el contrato no se incumplió porque él, como transportista, no había tenido nunca la obligación de cargar la mercancía que debía transportar; y el tribunal considera que, ciertamente, no aparecía explícitamente pactada esta obligación, pero se había probado en el proceso la costumbre en los contratos concluidos por la empresa cargadora o comercializadora con otros transportistas, que sólo cuando se trataba de camiones de gran tonelaje –que no era el caso- se ponía a disposición del transportista una ayuda para cargar la mercancía; y, además, añade que se ha de tener en cuenta la regulación que en este particular nos ofrece el art. 22 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y el art. 4.2 de su Reglamento, al establecer que en los servicios de carga fraccionada –como era el caso-, en todo caso la colocación y estiba de las mercancías eran de cuenta del porteador.

En consecuencia, era obligación del propio transportista-porteador la carga y descarga de las mercancías, por lo que, al negarse su cumplimiento, facultaba a la otra parte a la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1124 CC, siendo así correcta la argumentación de la sentencia de apelación.

Y a esto añade aquí el Tribunal Supremo que, así,

“nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo 1124 Código civil en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del art. 1124 Código civil se requiere: a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; b) que sean exigibles; c) el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y d) un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de

mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que “dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte” (artículo 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada... de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo”

(ii) STS 05 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías

Se declara probado en el proceso que el Banco Urquijo había concedido un préstamo hipotecario a una determinada promotora por importe de unos 325 millones de pesetas y, en garantía, la prestataria constituyó hipoteca sobre 66 apartamentos que estaba construyendo (escritura de 1990, rectificada por otra de 1991). Una vez vencido y en descubierto el préstamo, el banco ejercita la acción del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH (en 1993). Mientras se tramitaba este procedimiento de ejecución hipotecaria, el 28.03.1995 conviene el banco la cesión de los derechos dimanantes del crédito hipotecario sobre 65 de los 66 apartamentos a la empresa Hispania por el precio de unos 226 millones de pesetas, que debían pagarse al banco en tres plazos: 26 millones a la firma del contrato de cesión, 50 millones con vencimiento el 10.12.1995 y un pagaré de 150 millones con vencimiento el 20.12.1995. En garantía del pago del precio de la cesión establecen las partes: una cláusula resolutoria de que en caso de incumplimiento en el pago del precio podía optar la cedente entre mantener la vigencia del contrato de cesión y reclamar a la cesionaria el pago del precio aplazado pendiente, o tener por resuelto el contrato; y, por otra parte, se posponía la cesión de la condición de acreedor hipotecario en el procedimiento judicial hasta el completo pago del precio de la cesión.

A partir del contrato de cesión, la cesionaria se hizo cargo de la finalización de las obras abandonadas por la promotora y agilizó las ventas en la medida que el mercado lo permitía, entregando al banco en pago del precio aplazado la mayor parte de las cantidades que percibía y el banco a la correlativa cancelación de las hipotecas que pesaban sobre los apartamentos vendidos (y, mientras tanto, el procedimiento de ejecución hipotecario restaba aletargado y perdía poco a poco contenido).

Los pagos de la cesionaria al banco no fueron según los plazos acordados; no obstante, el banco cedente tolera y admite pagos con posterioridad a los

vencimientos, aceptando que estos pagos se realizaran cuando la cesionaria vendía algún apartamento, cancelando la hipoteca correspondiente, por lo que, en mayo de 1996 (un día antes de la fecha fijada para la tercera subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el promotor) restaban por pagar unos 88 millones de pesetas y 25 apartamentos ultimados y por vender; la cesionaria comunica al banco la imposibilidad de seguir pagando porque, como consecuencia de una querrela criminal por doble venta interpuesta contra la misma, se había acordado por el juez instructor la prohibición de disponer, frustrando así proseguir con la venta de los apartamentos y consiguiente cumplimiento final del pago pendiente del precio de la cesión; y, ante estas circunstancias, el banco cedente requiere a la cesionaria de resolución del contrato de acuerdo con la cláusula de la condición resolutoria prevista en el contrato, al autorizarse en el mismo que, en caso de falta de pago en la fecha prevista, el cedente podía “optar entre mantener la vigencia del contrato de cesión, reclamando al cesionario el pago total del precio aplazado..., o tener por resuelto el contrato, quedando éste cancelado y sin efecto alguno”. Y en la subasta del procedimiento de ejecución hipotecaria el banco puja por los apartamentos y se los adjudica.

El Juzgado de instancia desestima la demanda que deduce la cesionaria frente al banco en contra de la resolución del contrato y reclamando en su ejecución unos 76 millones de pesetas. Los argumentos del Juzgado son que la actora incumplió las obligaciones de pago del precio asumidas en el contrato de cesión, porque no puede confundirse la actitud del banco en tolerar un pago demorado, con un convenio de contenido novatorio, y, en consecuencia, ante el impago del precio pendiente, procedía que el banco hiciera uso de la cláusula resolutoria del contrato.

En contra, la Audiencia Provincial de Valencia (Sentencia de 11 de marzo de 1999, ROJ SAP V 1522/1999) considera que,

“El incumplimiento del pago del precio en los términos pactados no determinó la resolución del contrato, éste siguió vigente después del 20 de diciembre de 1995 a pesar de la cláusula resolutoria explícita. Fue así, en principio, por la voluntad del cedente, que pudo resolver el contrato y no lo hizo, y después por la soberana voluntad de ambos contratantes que, como revelan sus actos (*facta concludentia*) modificaron el pacto inicial y sustituyeron las cantidades aplazadas que se reflejaron en el contrato escrito... por pagos parciales que se realizaban conforme la cesionaria iba vendiendo los apartamentos hipotecados...

“Desde otra perspectiva, si no hubo esa novación del modo de pago no se entiende por qué el banco no presentó al cobro... los pagarés que la cesionaria le había entregado, una vez que se produjo el vencimiento de éstos...

“En consecuencia, el requerimiento de resolución efectuado extemporáneamente, cuando ya se había celebrado la tercera subasta, no produjo el efecto resolutorio pretendido. Hasta entonces, aunque no se hubiera producido la sustitución procesal, la cesionaria era la única titular del crédito que se ejecutaba, y el pago que dentro del procedimiento judicial sumario se hiciera a la cedente debía redundar en beneficio de aquella.”

El Tribunal Supremo no lo entiende de la misma manera y estima el recurso de casación, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial para mantener la desestimatoria de la demanda del Juzgado de instancia.

Los argumentos del Tribunal Supremo parten de la interpretación que ha de hacerse del art. 1124 CC, que establece la facultad de resolver las obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, para cuya aplicación señala que exige la jurisprudencia dos requisitos: que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas (que es el caso) y que el incumplimiento de la obligación sea grave. Y para la delimitación de este requisito recuerda el Tribunal que se había sostenido por la doctrina jurisprudencial que,

“... para que existiera este incumplimiento debía concurrir “una voluntad deliberadamente rebelde” del deudor... Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba “por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida”..., bien por una frustración del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte”..., bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave... Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, norma que debe servirnos para integrar¹⁸⁵ el artículo 1124 del Código civil en el momento actual. En un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos”

Aplicando estos argumentos a los hechos declarados probados en el caso en cuestión, considera el Tribunal Supremo que la cesionaria había incumplido parcialmente el contrato,

¹⁸⁵ El subrayado es nuestro y lo hacemos para destacar, como después argumentamos, que esta norma se utiliza para integrar, y, en cambio, no se dice lo mismo para la de los PECL.

“... pero ello produjo una situación que debía considerarse definitiva, tratándose además de un incumplimiento intencional, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato.

“Esta realidad produce como consecuencia la consideración de que en virtud de lo establecido en la cláusula segunda c) del contrato de cesión, el incumplimiento hubiera dado derecho al cedente a “tener por resuelto el contrato, quedando éste cancelado y sin efecto alguno”, como efectivamente hizo en el llamado “requerimiento” de 16 de mayo de 1996, en el que no ejercitó el art. 1504 del Código civil no aplicable en este supuesto, dándole al deudor del precio la opción de pagar, sino que ejercitó directamente una de las opciones previstas en la citada cláusula, que le permitía resolver. Por lo tanto, 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, ejercitó 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”.

Estos argumentos del Tribunal Supremo, entendemos que quiebran a la hora de confrontar los hechos relevantes del caso con sus considerandos jurídicos.

Si no se sanciona con la resolución del contrato el retraso en el pago del precio de la cesión (por cuanto que tal retraso no se ha considerado esencial por el propio banco que ha venido consintiendo este retraso e incluso la forma de pago distinta a la inicialmente convenida¹⁸⁶), sino que parece ser que lo que lleva al Tribunal a considerar el incumplimiento como definitivo (y, por tanto, resolutorio) es la consideración de que, por consecuencia de la anotación de prohibición de disponer, la cesionaria ya no habría podido seguir cumpliendo con el pago al no poder proseguir con las ventas, entonces no hay razón de que acabe el Tribunal su razonamiento argumentando que “no puede pedir la cesionaria que se cumpla el

¹⁸⁶ Téngase en cuenta, además, que, como argumenta la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, aunque no se pactara una novación escrita en la forma de pago, el banco no presentó al cobro los dos pagarés de 50 y 150 millones de pesetas en la fecha de sus respectivos vencimientos, porque venía cobrando el precio de la cesión de manera distinta a la convenida inicialmente, es decir, percibiendo cantidades conforme se iban produciendo las ventas y cancelando de manera correlativa las hipotecas de los apartamentos vendidos. Y, por ello, es razonable pensar que, si no se ponen al cobro los efectos a sus vencimientos, ni se procede de inmediato a la aplicación de la cláusula resolutoria del contrato, sino que se admite el cobro de manera distinta, esta no conformidad del cumplimiento de la obligación con el programa de la relación jurídica obligacional no debe considerarse esencial, ni, por ello, de alcance resolutorio.

contrato... cuando no ha pagado lo acordado”, porque no sería el no haber pagado lo acordado la actuación incumplidora, sino el haber dado motivos al banco “para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento...” (art. 8:103, c PECL).

Y si, entonces, es esta la razón, el haber dado a entender que no podrán cumplirse las prestaciones futuras, ¿cómo justificar que si le faltaban a la cesionaria por pagar al banco unos 88 millones de pesetas para hacerse con el resto de apartamentos aún no vendidos, al haber sido éstos adjudicados al propio banco por un valor muy superior no haya habido un enriquecimiento injusto? Porque el precio global del remate en la subasta por el que el banco se adjudicó los apartamentos todavía hipotecados fue de unos 165 millones de pesetas, cuando en realidad solamente le faltaba al banco por cobrar unos 88 millones de pesetas.

A nuestro entender, la única justificación para considerar que se trataría de un incumplimiento intencionado del art. 8:103, c) PECL, sería que la disposición de prohibición de disponer dimanante de las diligencias penales realmente impidiera la enajenación de los apartamentos, pero eso no parece haber sido así cuando se pudo adjudicar al propio banco en el remate de la subasta de la ejecución hipotecaria.

Por otra parte, no parece tampoco la actuación del banco muy acorde al principio de buena fe, cuando, como constata la Sentencia recurrida en casación, el requerimiento de resolución se practica por la tarde del mismo día que por la mañana ya se había adjudicado el banco los apartamentos (e incluso 4 de ellos a dos postores, cobrando por tanto la correspondiente postura) por unos 165 millones de pesetas, cuando sólo le restaban por cobrar 88 millones de pesetas de la cesionaria por el precio de la cesión.

En todo caso, lo que podemos constatar en relación a la causa que nos ocupa, es que se está aplicando por el Tribunal el art. 1124 del Código civil, que, como ley, es fuente de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CC); pero también se aplica el art. 25 CISG para integrar el art. 1124 CC, porque, aunque norma jurídica de un texto internacional, sin embargo ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 (publicado en el BOE de 30 de enero de 1991), que bien se encarga el Tribunal de afirmar, porque, conforme a lo establecido en el art. 1.5 CC, también las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales son de aplicación directa en tanto han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno mediante la adhesión y su publicación en el BOE.

Sin embargo, no hace lo mismo el Tribunal al referirse al art. 8:103 PECL. A la aplicación del art. 1124 CC, integrado por el art. 25 CISG, y mediante punto y seguido, se añade que en sentido parecido se pronuncia el texto académico, por lo que no podemos entender, de ninguna manera, que se esté aplicando este texto como “integrador” de nuestro ordenamiento jurídico, aunque integrado en la ratio

decidendi de la sentencia, sino a título de argumentación complementaria o auxiliar en la interpretación que deba hacerse del incumplimiento resolutorio a que se refiere el art. 1124 CC.

(iii) STS 20 de julio de 2006 (ROJ STS 6030/2006) - artículo 8:103, c) PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

En relación a lo que deba entenderse actualmente por un incumplimiento resolutorio, o capaz de dar lugar a la resolución del contrato, en esta sentencia se cita la anterior STS de 5 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006) y se transcribe literalmente su argumento de que esta Sala,

“había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir “una voluntad deliberadamente rebelde” del deudor... Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba “por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida”..., bien por una frustración del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte”..., bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave... Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías..., cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual. En un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos”

La jurisprudencia tradicional, para la resolución de los contratos había venido exigiendo un incumplimiento nuclear de las obligaciones contraídas y por una voluntad continuada y resistente al incumplimiento; pero, como de ello deja constancia el Tribunal, este criterio ha ido evolucionando hasta entender que no solamente en esos casos se considera un incumplimiento resolutorio, sino también en aquellos en que el incumplimiento, aun refiriéndose a obligaciones no principales, la conducta incumplidora (i) haga imposible o muy difícil el cumplimiento del fin económico del contrato o (ii) prive a la contraparte de manera sustancial del beneficio que tenía derecho a esperar de él.

Aplicada esta doctrina al caso enjuiciado concreto sometido a la consideración del Tribunal, veremos que entiende habido un incumplimiento, pero no resolutorio, por lo que dará lugar a la acción o recurso del derecho a exigir el cumplimiento.

Dejando de lado, porque no es la razón de nuestro estudio, algunas cuestiones que se tratan y que resultarían interesantes, como es el caso de la interpretación que se hace por el Tribunal Supremo de la acción ejercitada en la demanda, que dice es la acción resolutoria por incumplimiento (a la que no dará lugar), con ejercicio implícito de acción subsidiaria de incumplimiento contractual y procedencia de la acción de cumplimiento (a la que dará lugar)¹⁸⁷, los hechos declarados probados que dan lugar a no entender incumplido el contrato con ese alcance resolutorio pero sí para reclamar su cumplimiento, son los siguientes:

El demandado compra el 11.7.1989 en documento privado una parcela de terreno para su aportación a una sociedad y el 14.7.1989 vende el demandado al actor la mitad indivisa de la parcela y la mitad de las participaciones en la sociedad, obligándose (i) el demandado, a escriturar las acciones a favor del actor, siempre que se aportara la parcela a la sociedad (y así se hizo que la parcela llegó a pasar a la titularidad de la sociedad); y si no se aportaba, entonces el demandado escrituraría el 50% de la parcela a favor del actor; y (ii) el actor, a pagar una determinada cantidad de dinero (unos 62 millones de pesetas, que pagó).

Al no escriturar el demandado a favor del actor el 50% de las acciones, ni el 50% de la parcela, éste considera incumplimiento contractual resolutorio y reclama la devolución de lo pagado, más una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Sin embargo, es preciso advertir que el demandado había aportado la parcela a la sociedad, dando así cumplimiento a esa obligación contractual, si bien que todavía no había otorgado en escritura al actor la venta del 50% de las acciones, por cuanto que todavía tampoco había sido requerido para ello.

La sentencia del Juzgado de instancia desestima la demanda, como ya hemos dicho, por considerar que acceder a la resolución, aunque tampoco consideraba que hubiera incumplimiento resolutorio, sería incurrir en incongruencia, toda vez que no se pide en el suplico la resolución del contrato, sino la reclamación de una determinada cantidad y daños y perjuicios.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9, de 7 de octubre de 1999) considera que lo convenido entre actor y demandado era en realidad un contrato de participación de beneficios y pérdidas en la sociedad, resultando que lo pagado en dinero por demandante al demandado había sido por aportaciones a la sociedad, en la que asistía a juntas, por lo que no considera acreditado

¹⁸⁷ Todo lo que deduce de una demanda en que, como advierte el Juzgado de instancia, reclama en su parte expositiva la resolución del contrato por incumplimiento del demandado, pero en el petitum, en cambio, ejercita acción de reclamación de cantidad sin pedir la resolución

incumplimiento resolutorio alguno y desestima la apelación y con ello, al confirmar la sentencia del Juzgado, desestima también la demanda.

El Tribunal Supremo, en línea con la interpretación de la Sala en la sentencia de apelación recurrida, considera que el demandante había adquirido mediante el contrato controvertido “la condición de socio oculto titular de la mitad de la participación que correspondía al demandado [en la sociedad] en virtud de un pacto de fiducia con éste, el cual actuaría como socio fiduciario en tanto no se formalizase la participación del primero cuando le conviniese con arreglo a su interés, obligándose en tanto a compartir con el actor los beneficios y pérdidas que resultasen de su participación en la sociedad”.

Y, por esta condición de socio oculto, en virtud del pacto de fiducia que se interpreta existe entre demandante y demandado, no tiene el actor la condición de socio formal, ni tampoco la posibilidad de oponerlo frente a terceros, pero tiene facultades para exigir del demandado, no de la sociedad, la oportuna liquidación.

Por tanto, no puede considerarse que el demandado haya hecho imposible la finalidad económica del convenio con el demandante, ni que le haya privado del beneficio que podía esperar de ese convenio (cifrado en torno a la obligación de procurar al actor la participación en los beneficios de la sociedad a cambio de una aportación de capital que en principio iba a permanecer oculta), pues resultó probado: que el actor había participado en la marcha de la sociedad, que la falta de formalización de sus acciones se debía a su propio interés, y que “el incumplimiento del demandado se produjo únicamente cuando, sobrevenida una situación económica negativa para la sociedad, éste procedió a enajenar sus activos para hacer frente a las deudas contraídas, pero no liquidó al actor el eventual sobrante según la participación con él pactada...”

Y al respecto añade el Tribunal que “el fracaso de las expectativas del actor derivó sustancialmente... de la marcha insatisfactoria de la sociedad y no del incumplimiento por el otro contratante de la obligación de formalizar su participación social”; y, en consecuencia, no da lugar a la resolución del contrato, pero, advertido realmente el incumplimiento del demandado de no liquidar al actor el eventual sobrante según su participación, considera el Tribunal infringido el art. 1124 CC, que no solo faculta para pedir la resolución del contrato, sino también para exigir su cumplimiento, y en ambos casos con resarcimiento de daños y abono de intereses, por lo que da lugar a la procedencia de esta acción de cumplimiento que entiende implícitamente ejercitada en la demanda, para condenar al demandado a que le abone al actor la cantidad que resulte procedente a resultas del producto de la venta de los activos de la sociedad, una vez deducidas las deudas que haya sido necesario satisfacer, en proporción al 50% de la participación que ostentaba como socio oculto, con los intereses y el valor de los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia y con el límite de lo reclamado en la demanda.

Consideramos que con esta solución está el Tribunal evitando la problemática de los efectos de la resolución de las relaciones obligatorias, porque la resolución, a nuestro juicio, procedía, aunque no por el incumplimiento de formalizar la venta de las acciones, sino, como también para el Tribunal, "... cuando, sobrevenida una situación económica negativa para la sociedad, éste procedió a enajenar sus activos para hacer frente a las deudas contraídas, pero no liquidó al actor el eventual sobrante según la participación con él pactada..."

Y esto lo entendemos de esta manera porque, si el contrato no es lo que se dice, sino en lo que consiste, el contrato de autos consistía en la participación del demandante en los beneficios y pérdidas de la sociedad a cambio de su aportación dineraria; y cuando el Tribunal dice que el fracaso de las expectativas del actor deriva de la marcha insatisfactoria de la sociedad y no del incumplimiento del otro contratante, no tiene en cuenta que esa marcha insatisfactoria de la sociedad lo que ha provocado es la liquidación de la sociedad, no las expectativas del actor, entendidas éstas ya no como la obtención de beneficios, sino como derecho en esa liquidación de la sociedad, al ser partícipe de la misma en un 50%.

Es decir, si estamos en presencia de un contrato de participación al 50% en los beneficios y pérdidas de una sociedad (como socio oculto y por virtud de un pacto de fiducia con el socio formal y único), para lo que hemos hecho una determinada aportación dineraria, y esa sociedad no marcha satisfactoriamente y se procede a su liquidación, por esta mala marcha del negocio (como actividad) fracasan nuestras expectativas de beneficio económico, pero nuestras expectativas en el negocio jurídico (no como actividad) no son obtener un beneficio económico, sino una participación en la liquidación de la sociedad, y a esta participación se le ha privado al demandante cuando, como admite el Tribunal, "... sobrevenida una situación económica negativa para la sociedad... [el demandado] procedió a enajenar sus activos..., pero no liquidó al actor el eventual sobrante según la participación con él pactada..."

Entendemos que es este el incumplimiento del demandado (no liquidar al actor el eventual sobrante según su participación), como así admite el Tribunal, y que se manifiesta sobradamente que ha privado al demandante "de lo que legítimamente podía esperar del contrato" (art. 8:103,b PECL), lo que ha frustrado su finalidad (participación en la liquidación), como así exige la doctrina jurisprudencial para dar lugar a la resolución del contrato por el incumplimiento de ese tipo.

Sin embargo, dar lugar a la resolución del contrato en este caso suponía entrar a cuestionar qué tipo de efectos venían parejos a tal resolución, cuando uno ha cumplido su prestación (entregando al otro 62 millones de pesetas) y el otro ha incumplido la suya, si ésta se considera que es la de escriturar la mitad de las acciones y la mitad de la parcela de terreno, cual quedaba configurada en el contrato de origen, porque a solventar esta cuestión se aplica el art. 1123 CC, que, aunque previsto para el caso de resolución contractual por virtud de condiciones

resolutorias, también se aplica a la resolución derivada de incumplimientos resolutorios, y que determina que “... los interesados... deberán restituirse lo que hubiesen percibido”.

Y al problema así planteado se añadiría que la resolución tiene entendido la doctrina tradicional que se produce con efectos retroactivos, siendo por lo que en la propia demanda el actor reclamaba la devolución de lo entregado a la otra parte y añade daños y perjuicios.

El Tribunal sale al paso de estos problemas –según nuestra opinión-, soslayando el carácter resolutorio del incumplimiento, que dice no es el haber dejado de formalizar las acciones a nombre del demandante, sino el haber procedido a enajenar los activos de la sociedad para hacer frente a las deudas y no haber liquidado al demandante, según su participación, el sobrante que eventualmente le hubiera pertenecido, y elige para solventar el problema la opción de exigir el cumplimiento, elección que no adopta el demandante en su demanda, con lo que el Tribunal solventa el pleito en justicia, condenando al demandado a que cumpla con su prestación (que en realidad era tenerle al demandante como socio oculto al 50% y darle explicación de la liquidación), pero lo hace incurriendo en una verdadera incongruencia, pues condena a lo que no se pide (condena a la opción del cumplimiento, y se pedía la resolución), cuando podía haber solventado el problema dando lugar a la resolución del contrato (que en realidad era de participación en los beneficios y pérdidas de la sociedad) por incumplimiento del demandado en su obligación de dar cuenta al demandante de la liquidación de la sociedad y del eventual sobrante en razón a su participación del 50%, no aplicando a esta resolución la regla general de la retroactividad de sus efectos (*ex tunc*), al no tratarse de una relación obligatoria de cambio y efectos instantáneos, sino la extinción del vínculo obligatorio con efectos desde el incumplimiento (tampoco *ex nunc*) y consiguiente liquidación, que es a lo que en definitiva ha condenado al demandado¹⁸⁸.

Una argumentación de este tipo consideramos que conduce al mismo resultado y no soslaya que realmente se trata de un incumplimiento resolutorio, pues la liquidación de la sociedad por el demandado sin dar participación en el eventual sobrante al demandante, socio oculto suyo al 50% según el contrato con pacto de fiducia que así lo configuraba, supone un incumplimiento esencial de este contrato

¹⁸⁸ La STS de 15 de julio de 2002 (ROJ STS 5303/2002), de la que fue Ponente el Magistrado Antonio GULLÓN BALLESTEROS, sostiene el criterio de que “[S]i se contrató la ejecución de una obra, el incumplimiento frustra el fin del contrato, por lo que la retroacción de la resolución se justifica. En cambio, si lo fue de tracto sucesivo, la misma no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento, satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro”.

Vid. también LUÍS DíEZ-PICAZO (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, 6ª ed. Thomson-Civitas, p. 873).

(entendido como tal, como así también lo entiende el Tribunal, y no como decían las propias partes), pues había privado sustancialmente al demandante de lo que legítimamente podía esperar del contrato (en términos del art. 8:103,b PECL), o, lo que es lo mismo, y en palabras de nuestra doctrina jurisprudencial, por haber frustrado el fin del contrato (en este caso, tener en cuenta la participación del demandante en la liquidación de la sociedad) y malograr así las legítimas aspiraciones de la contraparte (v.gr., STS de 18 de octubre de 1993¹⁸⁹ –ROJ STS 17707/1993, con cita de la STS de 22 de marzo del mismo año).

Y tampoco habría la problemática relativa a los efectos retroactivos o no del incumplimiento resolutorio, porque aunque el art. 1124 CC no regula los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento, a excepción de la referencia a la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, ante este silencio, la jurisprudencia ha aplicado y aplica el principio de restitución, de las acciones anexas rescisoria –del art. 1295 CC- y de nulidad –del art. 1303 CC-, y de las previsiones de los arts. 1122 y 1123 CC (que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses), que según la STS 843/2011, de 23 de noviembre, “se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas”, y lo mismo también a los casos de resolución (según la STS 99/2012, d 29 de febrero) porque “la resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que siempre será compatible con la restitución”, de todo lo que habrá que concluirse, como en ello concluye la doctrina, que los efectos de la resolución del contrato, como regla general, tiene efectos retroactivos.

Sin embargo, en los contratos de tracto sucesivo o continuo, cuando las partes ya han satisfecho sus intereses íntegramente en el pasado, se trata de situaciones agotadas e irreversibles, por lo que, en buena medida, resultará imposible destruirlas, como así lo declara la STS 1311/2006, de 22 de diciembre (“la regla sobre los efectos recuperatorios ex tunc [desde entonces] de la resolución del contrato no puede ser mantenida con carácter absoluto. La STS de 15 de julio de 2002 declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, cosa que justifica la retroacción de la resolución, pero si éste es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento que satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro”).

¹⁸⁹ Ponente: el Magistrado D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

Esta es también la solución que da el art. 1458¹⁹⁰ Codice c., y el art. 434.2¹⁹¹ CC português.

Y a la misma solución se contempla en el art. 9:305 (1)¹⁹² PECL y en el art. 1204¹⁹³ PMCCOC, a todo lo que podía haber acudido la sentencia en estudio para solventar la problemática de los efectos de la resolución.

iv) STS 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 6429/2006) - artículo 8:103 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

En esta misma materia relativa al incumplimiento resolutorio, y como en la anterior sentencia –STS de 20 de julio de 2006 (ROJ STS 6030/2006)-, este mismo Ponente cita y se vale de los argumentos de la STS de 5 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006), pero no lo transcribe ya in extenso y literalmente, sino que abunda en su justificación de este modo (FD 5):

Considera que para que se produzca el supuesto de la resolución del art. 1124 CC, debe tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas y, además, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación¹⁹⁴, para cuya calificación reconoce que la jurisprudencia tradicional había mantenido que sólo existía este tipo de incumplimiento cuando concurría una voluntad deliberadamente rebelde del deudor; pero también considera que la jurisprudencia ha venido introduciendo matizaciones a este antiguo criterio, presumiendo que esa voluntad de incumplir se demostraba “por el hecho mismo de la ineffectividad del precio..., o por la

¹⁹⁰ “[I]a risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l’effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite”

¹⁹¹ “[n]os contratos da execução continuada ou periódica, a resolução nao abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”

¹⁹² La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero de acuerdo con los artículos 9:306 a 9:308, no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución.

¹⁹³ En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto.

¹⁹⁴ Se nos señalan solamente dos de los cuatro requisitos que realmente exige la jurisprudencia para aplicar el art. 1124 CC. En la anterior STS de 10 de octubre de 2005, por ejemplo, se nos decía que para poder resolver el contrato por la vía del art. 1124 CC se requiere: (a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; (b) que sean exigibles; (c) que quien ejercita la acción no haya incumplido las obligaciones que le incumben; y (d) que se trate de un incumplimiento intencional por la parte incumplidora...

frustración del fin del contrato sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento..., exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave..., o admitiendo el incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización... según los términos convenidos...”

Y a continuación nos expone que esta es la tendencia (y cita la STS de 5 de abril de 2006) que “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas..., cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual sentido”.

Y mediando punto y seguido nos añade que,

“En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual “el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato; (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”.¹⁹⁵

A continuación el Tribunal justifica la interpretación que debe darse del art. 1124 CC, “siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica”¹⁹⁶, para lo que razona debe integrarse por la CISG, como disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento (recordemos que mediante Instrumento de adhesión de España de 17.07.1990, publicado en BOE de 30.01.1991), a su vez “reflejado” – nos dice- también en un documento “en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito

¹⁹⁵ Las anteriores sentencias se habían limitado a la mera cita del art. 8:103 PECL, sin exponernos el texto íntegro. Aquí se nos transcribe el art. 8:103 PEC en su integridad.

¹⁹⁶ El art. 3.1 CC establece que “[L]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”

de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal...”

Con estas consideraciones jurídicas pasa a dictaminar el Tribunal en los demandados (vendedores) un incumplimiento resolutorio, según resultaba de los antecedentes del caso, que como relevantes eran: un contrato privado de compraventa de una vivienda, con pacto de otorgamiento de escritura pública, comprobándose por los compradores poco antes de la fecha de formalización notarial que sobre la vivienda pendía una anotación preventiva de demanda presentada por unos terceros (después de otorgar el contrato) al objeto de que también se les elevara a ellos la venta en escritura invocando un contrato verbal anteriormente concertado.

Los compradores consideran que estos hechos suponen un grave incumplimiento de los vendedores y solicitan del Juzgado se decrete la resolución del contrato y la devolución doblada de la parte del precio entregado, según así también se determinaba en el contrato.

El Juzgado estima la demanda al entender que la existencia de un litigio judicial con una pretensión por terceros semejante a la de los demandantes suponía un incumplimiento del contrato de compraventa, aunque aquella demanda judicial fuera posterior al contrato de autos y aunque en definitiva fuera después desestimada (tan solo 5 meses después de los hechos), porque –así lo considera el Juzgado- los vendedores (demandados) conocían, antes de otorgar el contrato, que existían otras personas que se arrogaban la condición de compradores, que les fijaban fecha para escriturar y que les amenazaban con el ejercicio de acciones judiciales.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 5 de octubre de 1999) confirma los pronunciamientos del Juzgado al entender que esa amenaza del resultado de un proceso que pudiera ser largo legitimaba a los compradores para desistir y al entender también que existió clara negligencia de los vendedores por no advertir a los compradores sobre la existencia de esas pretensiones de terceros sobre la vivienda, con lo que –consideraba la Audiencia- incurrieron los vendedores en incumplimiento grave del contenido precontractual y que trascendió sobre el contenido negocial.

Los vendedores intentan defender el contrato con amparo en el supuesto del art. 1502 CC, que antes de resolver el contrato permite al comprador suspender el pago del precio cuando “fuera perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o

hipotecaria..., hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso...”¹⁹⁷

Sin embargo, el Tribunal opone a esa defensa que

“... la facultad de suspender el pago del precio que este precepto atribuye al comprador no impide que pueda optar alternativamente por el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento contractual cuando la perturbación posesoria o dominical tiene la trascendencia suficiente para privar al contrato de la finalidad que cabe esperar de él”.

Y, aunque por nuestros reparos volveremos ahora después sobre el tema, en este caso considera el Tribunal que la perturbación (la demanda judicial de unos terceros con la misma pretensión de ejecución de un contrato de compraventa anterior) tiene la trascendencia suficiente para ser considerada un incumplimiento resolutorio, a la luz de la interpretación expuesto al principio del art. 1124 CC.

La Audiencia Provincial atribuye virtualidad esencial a este percance, al considerar comprometida gravemente la posibilidad de que el comprador pudiera gozar y disfrutar pacíficamente de la vivienda y adquirir su propiedad, que dice es en definitiva el fin perseguido en este contrato y en lo que consiste la obligación esencial del vendedor; y así es, pues el art. 1461 CC dispone la obligación del vendedor de entregar la cosa objeto de la compraventa, respondiendo de que tal entrega sea “legal y pacífica (art. 1474.1º CC).

Y considera también la Audiencia Provincial que no puede obligarse al comprador al cumplimiento del contrato “bajo la amenaza del resultado de un proceso que pudiera ser muy largo, dado que por la cuantía económica que estaba en juego quedaba abierto el recurso de casación”, aunque fuera cierto que, en realidad, hubiera sido favorable a los demandados el pleito perturbador sólo 5 meses después de que aconteciera el percance.

La sentencia objeto del recurso de casación concluye, por tanto, en que se trata de un incumplimiento que debe calificarse como esencial, al impedir la entrega pacífica de la posesión de la finca, que es el contenido básico del contrato, y al comprometer la posibilidad de que el vendedor pudiera llegar a adquirir la propiedad, frustrando así el contenido básico del contrato de compraventa.

¹⁹⁷ Lo que establece esta regla del art. 1502 CC, aunque con ligera variación, es lo que, con fundamento en la interdependencia o nexo sinalagmático entre las prestaciones de ambas partes, comprador y vendedor, ya se respondía por Papiniano –Libro III, de sus Responsa- según se recoge en el Digesto (18, 6, 18, 1): *ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur* (=planteada una cuestión sobre el dominio antes de pagado el precio, no será obligado el comprador a pagar el precio, si por el vendedor no se le ofrecieran fiadores idóneos de su evicción).

El Tribunal Supremo, frente al motivo del recurso de casación interpuesto por los vendedores alegando la inexistencia de un incumplimiento resolutorio, por lo que entienden que no cabe resolver el contrato por la vía del art. 1124 CC, y que su resolución ha incurrido en infracción de este precepto legal, trae a colación la argumentación jurídica ya expuesta (relativa a la interpretación del art. 1124 CC integrado por el criterio recogido en la CISG, y en particular sus arts. 25¹⁹⁸ y 49¹⁹⁹), y, en el Fundamento Jurídico 5-D), confirma como grave y esencial la calificación del incumplimiento realizada por la sentencia recurrida de que,

“No entregada la finca libre de cargas en el plazo establecido por ambas partes (el fijado para el otorgamiento de la escritura), por la existencia de una anotación preventiva de una demanda en la que se reclamaba la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa sobre el mismo inmueble incompatible con el que es objeto de este proceso, se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión de los compradores de disponer de la vivienda con carácter definitivo en un plazo inmediato, como tenían derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato y refleja el conjunto de sus cláusulas, por lo que no puede dudarse de la trascendencia de este hecho, en sí considerado, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el art. 1124 CC...”

“La interposición de una demanda para hacer valer una compraventa anterior, anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad, llevaba a entender sólidamente (por “una persona razonable de la misma condición”) que existía un riesgo digno de consideración de que la titularidad de la vivienda objeto de la compraventa fuera en definitiva judicialmente reconocida a favor de los terceros reclamantes, por lo que la aparente seriedad de esta amenaza no permitía entender que la disciplina contractual sujetaba a los compradores a aguardar a que se resolviese la demanda interpuesta, dado que les era legítimo esperar la entrega definitiva del inmueble que iban a destinar a vivienda sin la incertidumbre y, en el mejor de los casos, la dilación impuesta por la pendencia durante un tiempo incierto, pero que podía ser prolongado, de un proceso judicial”

Y al hacer estas argumentaciones considera el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no se ha apartado de esta interpretación jurisprudencial del art. 1124 CC.

¹⁹⁸ Art. 25 CISG El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

¹⁹⁹ Art. 49.1.a) CISG El comprador podrá declarar resuelto el contrato: (a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato... constituye un incumplimiento esencial del contrato...

Antes ya hemos avanzado nuestros reparos a esta consideración que hace el Tribunal de que el art. 1502 CC –referido al comprador- faculta de manera alternativa al comprador entre pedir la suspensión del pago del precio o la resolución del contrato, si bien que dice también que el ejercicio de esta acción resolutoria es viable cuando la perturbación posesoria o dominical tiene trascendencia suficiente para privar al contrato de su finalidad.

Nuestro reproche viene dado con base en la consideración de que, ciertamente, si se dan las circunstancias de un incumplimiento esencial del vendedor en sus obligaciones, en general, el comprador –por virtud de que la compraventa es una relación obligatoria con prestaciones recíprocas- puede ejercitar la acción resolutoria del art. 1124 CC, como así también expresamente lo autoriza para este contrato el art. 1506 CC²⁰⁰. Pero, si estas circunstancias de incumplimiento son las que contempla el art. 1502 CC, a lo que autoriza este precepto en estas circunstancias es a suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación, o bien afiance la devolución del precio. No preceptúa esta norma que en estas circunstancias pueda el comprador promover directamente la resolución del contrato, sin antes requerir al menos al vendedor para que afiance la devolución del precio y no lo haga.

Si el legislador hubiera querido facultar al comprador con este recurso de acudir de inmediato a la resolución del contrato, lo habría hecho, como hace a renglón seguido en el artículo siguiente (art. 1503 CC) para con el vendedor, al que le otorga el promover de inmediato la resolución de la venta cuando tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa vendida y el precio.

En estos tiempos que corren de desplome repentino de los precios de las viviendas, por ejemplo, en un contrato de compraventa de una vivienda suscrito en tiempos anteriores al desplome por un precio de 100, del que se entregó un 20% del precio al tiempo de la firma del contrato y el resto se convino en su pago al otorgamiento de la escritura pública, y éste otorgamiento se señalaba para un año después (en que la vivienda ya no tiene un valor de 100, sino de 60), habría sido muy fácil burlar la obligatoriedad del cumplimiento del contrato (art. 1091 CC) buscando un cómplice que dedujera contra el promotor demanda reclamando la formalización de un inventado contrato verbal anterior...

La acción resolutoria del contrato consideramos debe ser una solución drástica, de última ratio, que propugnamos no quede al albur del interés particular y subjetivo de las partes, sino al interés objetivo de la causa del contrato y satisfacción asimismo objetiva de las respectivas contraprestaciones de las partes, y exclusivamente para cuando el incumplimiento es ya definitivo y sin posibilidad objetiva de dar satisfacción al acreedor; cuando ya no es posible ni completar el cumplimiento incompleto, ni corregir el cumplimiento defectuoso.

²⁰⁰ Art. 1506 CC La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal.

En el caso concreto que nos ocupa, cierto es que contra el vendedor se deduce por un tercero una demanda en reclamación de la formalización en escritura pública de un previo contrato verbal, pero esta reclamación y anotación preventiva de la misma en el Registro de la Propiedad tiene lugar con posterioridad al otorgamiento del contrato privado de compraventa de autos, y solo cinco meses después de estos acontecimientos resulta desestimada la demanda y firme la sentencia judicial (al no constar que se hubiera recurrido en apelación), por lo que tampoco puede entenderse bien aquella calificación que hace el Tribunal de la existencia de “un riesgo digno de consideración de que la titularidad de la vivienda objeto de la compraventa fuera en definitiva judicialmente reconocida a favor de los terceros...”, ni tampoco la incertidumbre que se dice de la dilación del proceso judicial.

Abundando en nuestro criterio contrario a la posibilidad alternativa de que el comprador pueda optar, sin más, por la resolución en los supuestos del art. 1502 CC, traemos a colación lo que establece el art. 1467 CC, para dar igualdad de trato al comprador y al vendedor en sus respectivas obligaciones de pago del precio y entrega de la cosa, por cuanto que en este caso el vendedor dejaría de tener la obligación de entregar la cosa cuando en el pago fraccionado descubre que el comprador es insolvente, pero solo si corre peligro inminente de perder el precio, exceptuando expresamente este precepto de la aplicación de esta regla “el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido”.

Lo mismo hace el art. 1502 CC. Puede el comprador suspender el pago del precio si es perturbado en la posesión o dominio, o tiene fundado temor de serlo, pero esto es así con la misma excepción que para el vendedor la entrega de la cosa: “a no ser que [el vendedor] afiance la devolución del precio...”

En el caso de autos entendemos que el supuesto de hecho no llena los requisitos del incumplimiento resolutorio si antes no se le requiere al vendedor este afianzamiento de la devolución del precio, porque, además, el incumplimiento del vendedor no sería todavía definitivo, salvo que, por otras razones, se pudiera encuadrar este incumplimiento bajo los cánones de que esa entrega de la posesión de la vivienda con finalidad traslativa de la propiedad se hubiera establecido así expresamente que fuera sin riesgo alguno y excepcionando expresamente la aplicación de la regla del art. 1502 CC.

Incluso aunque el incumplimiento hubiera sido intencionado –art. 8:103, c) PECL-, no se trataba de una perturbación en la posesión o dominio ya realizada, sino solo un fundado temor de serlo, por lo que cabía la posibilidad de contar con el cumplimiento futuro, como así efectivamente ocurrió cinco meses después, que la demanda inicial fue desestimada y la vivienda quedó libre de aquel riesgo.

Otra cosa sería si el plazo de la entrega se hubiera constituido en la relación obligatoria como elemento esencial del contrato, que no consta de lo transcrito en las sentencias, ni de la Audiencia, ni del Tribunal Supremo, en cuyo caso ese

retraso se hubiera constituido en incumplimiento verdaderamente esencial y trascendencia resolutoria del contrato.

Podríamos extendernos en apoyo de nuestra argumentación acudiendo al análisis de la naturaleza de la compraventa en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso a la posibilidad de la doble venta, sin que la segunda sea considerada nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, como resume la STS de 30 de mayo de 2013 (ROJ STS 3873/2013), citando, entre otras, la STS 934 de 8 de octubre de 2008, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sentada por las dos sentencias del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo y de 7 de septiembre, ambas de 2007. Sin embargo, no es esta la materia de nuestro estudio.

Por tanto, nuestra conclusión respetuosa con la argumentación del Tribunal viene dada por un criterio distinto, del tenor de que, el supuesto de hecho que se considera incumplimiento esencial del vendedor, no lo sería, con las salvedades indicadas, a la luz de la doctrina jurisprudencial del art. 1124 CC, una vez abandonado hace tiempo aquel criterio subjetivista tradicional e integrado por las normas de la CISG, y avaladas éstas por el art. 8:103 PECL en ninguno de sus supuestos.

v) STS 22 de diciembre de 2006 (ROJ STS 7943/2006) - artículo 8:103 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

En esta sentencia, en su FD 3-A), el mismo Ponente transcribe literalmente el argumento del FD 5-C de la STS de 31.10.2006 antes expuesta, a excepción de que, en ésta no, pero en aquella, para integrar el art. 1124 CC se nos justificaba, en el último párrafo, el acudir a la CISG, como disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y a los PECL, como un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria*, comunes a los distintos ordenamientos de nuestro entorno.

El supuesto de hecho que según el Tribunal se incardina en los cánones requeridos para un incumplimiento resolutorio es el siguiente: el propietario de un local (Raúl) lo tiene alquilado a la empresa (A), que mediante contrato lo traspasa a la empresa (B), firmando ambos (propietario y arrendataria) que declaran no hay impedimento alguno para el ejercicio de la actividad que la empresa B quiere desarrollar en el local; y por su parte, el propietario también conviene un nuevo contrato de arrendamiento con la misma empresa (B) en el que señalan que el alquiler se establece para que en el local se desarrolle la misma actividad ya señalada en el contrato de traspaso (de almacenamiento, conservación, distribución, etc., etc.). El propietario del local y la arrendataria inicial que realiza

el traspaso, ambos se solidarizan frente a la empresa (B) en la responsabilidad de los daños y pérdidas que se originen, entre otros la devolución del precio del traspaso, de la inexactitud de la declaración de que se podía llevar a cabo en el local la pretendida actividad.

Sin embargo, después de concertados estos contratos, por exigencias de normas municipales para el ejercicio de esta actividad se impone la necesidad de realizar una chimenea independiente en el edificio, a lo que no accede la Comunidad de Propietarios, por lo que no obtiene la empresa (B) la necesaria licencia municipal para el ejercicio de esta actividad.

En estas circunstancias, la empresa (B) formula demanda instando la resolución del contrato de alquiler y de traspaso.

El Juzgado desestima la demanda y estima en parte la reconvencción que formula el propietario reclamando el pago de alquileres pendientes. La Audiencia Provincial revoca la sentencia del Juzgado y estima la demanda y desestima la reconvencción, argumentado que “el local no podía ser utilizado para los fines previstos por la falta de autorización administrativa y de la Comunidad de Propietarios, lo que lleva a su resolución, máxime cuando el arrendamiento se sometió expresamente a la condición resolutoria de inexistencia de condiciones que impidiesen la apertura”.

El Tribunal Supremo, una vez que expone en su FD 3-A) su doctrina ya antes explicada, pasa en su FD 3-B) a considerar que,

“... el incumplimiento de la finalidad perseguida por el arrendatario al concertar el arrendamiento, cuando resulta imposible utilizar el local arrendado para la actividad de negocio a la que debe dedicarse con arreglo a las cláusulas del contrato, constituye una causa que legitima para el ejercicio de la acción resolutoria”

Y que,

“Según declaran las SSTs de 18 de junio de 2001 y 8 de noviembre de 2004, la entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado comporta un incumplimiento de la obligación de entrega impuesta al arrendador por el art. 1554.1º CC²⁰¹ que faculta para el ejercicio de la acción llamada rescisoria por el art. 1556 CC²⁰², que, en realidad, es una acción resolutoria”

²⁰¹ Art. 1554.1º CC El arrendador está obligado: 1º.- A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.

²⁰² Art. 1556 CC Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente.

Por el Juzgador de instancia se había llegado a la conclusión de que el destino del local convenido en el contrato era el mismo para el que las normas municipales exigían la instalación de la chimenea que la comunidad de propietarios no autorizaba, por lo que, aunque ante el Tribunal Supremo se discuten estos hechos, al no ser la Sala una tercera instancia y no denunciarse por el cauce adecuado, los ha de mantener incólumes y considerar asimismo que, en efecto, tales hechos venían a confirmar la imposibilidad de destinar el local arrendado al fin previsto, lo que constituía el incumplimiento recogido en el art. 1554.1º CC y facultaba al arrendatario a reclamar la resolución del contrato por la vía del art. 1556 CC.

Parece necesario comentar que los hechos enjuiciados se regían por el Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (TRLAU1964), en el que no se contenía una disposición general de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones, como se contiene actualmente en el art. 27 de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), sino que se distinguían causas de resolución a instancias del arrendador (art. 114), como la falta de pago de la renta, el subarriendo, la cesión, o el traspaso de modo distinto al autorizado, la transformación de la vivienda en local, o viceversa, los daños en la finca, la notoria incomodidad, etc., y a instancias del arrendatario (art. 115) por perturbaciones de hecho o de derecho en la finca objeto del arrendamiento, por no realizar el arrendador las reparaciones necesarias, o por no prestar el arrendador los servicios propios de la finca. Y es por esta razón por la que se hubieron de acoger al dictado del contenido de los arts. 1554.1º y 1556 CC. De haberle sido de aplicación la posterior normativa arrendaticia, el art. 27 LAU sí que contiene, además de unas determinadas y concretas causas resolutorias de la relación arrendaticia, la llamada general del incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato para dar derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 CC.

En todo caso, y aunque no lo engrana así la Sentencia que comentamos, sí hemos de deducir que cuando expone, por una parte, la argumentación jurídica del art. 1124 CC y su interpretación acorde a la moderna doctrina sobre el incumplimiento, y, por otra, la argumentación relativa a los arts. 1554.1º y 1556 CC, relativa a la idoneidad de la cosa (el local) a la finalidad perseguida por el arrendatario con el arrendamiento, se está delimitando esa obligación de entrega de la cosa objeto del contrato como apta para la finalidad establecida en el contrato, por lo que el incumplimiento por el arrendador de esa obligación ha de entenderse que debe ser un incumplimiento esencial según los criterios en que debe interpretarse el art. 1124 CC.

vi) STS 23 de julio de 2007 (ROJ STS 5404/2007) - artículos 8:106 – 8:108 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

El litigio enjuiciado trae causa de la adjudicación de un inmueble que hace un Ayuntamiento a un licitador tras participar en la licitación pública, para la que se le exigió la prestación de una determinada fianza en garantía del cumplimiento del contrato, estableciéndose en las condiciones de la licitación que en la escritura pública de venta el adjudicatario debería pagar el resto del precio de la venta, hasta completar el precio total, por lo que el importe de la fianza constituía parte del precio total y se entregaba a cuenta.

Según la sentencia del Juzgado de instancia, requerido el adjudicatario por el Ayuntamiento para otorgar la escritura notarial, éste no compareció, por lo que incumplió con ello la obligación que le incumbía según el contrato y daba derecho al Ayuntamiento a pedir la resolución del contrato o su cumplimiento por virtud de lo establecido en el art. 1124 CC, pero no a resolver de forma unilateral el contrato, por lo que, al haber procedido el Ayuntamiento a esa resolución unilateral y a la adjudicación del inmueble al siguiente licitador, considera el Juzgado procedente la resolución del contrato, pero decreta la restitución de las prestaciones, por lo que el Ayuntamiento debía restituir al primer licitador el importe de la fianza constituida, más los intereses legales.

La Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), en su Sentencia de 24 de mayo de 2000, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento y considera que resultaba procedente la resolución unilateral del contrato y, por tanto, también la pérdida del licitador de la garantía constituida, debiendo éste, además, indemnizar al Ayuntamiento por la diferencia entre el precio de su postura y el menor precio de la postura del siguiente licitador.

En cuanto interesa al objeto de nuestro estudio, se denuncia por el licitador ante el Tribunal Supremo como motivo de su recurso la infracción del art. 1504 CC, argumentando que no existió voluntad rebelde al cumplimiento, pues, primero, depositó la garantía provisional para participar en la licitación y, después, la garantía definitiva, así como realizó las oportunas gestiones tendentes a la financiación bancaria de la adquisición del inmueble para su promoción inmobiliaria, aunque éstas no se materializaran con la prontitud que exigía el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo desestima este motivo del recurso y para ello (FD 7) acude al criterio de la jurisprudencia más reciente que dice.

“... viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte”...; y exige simplemente que la

conducta del incumplidor sea grave..., admitiendo el “incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato [...] según los términos convenidos”...

“Esto ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1. [2.b], cuando se “priva sustancialmente” al contratante “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, pues el incumplimiento tiene entonces carácter esencial si no es excusable, cosa que a su vez ocurre, según los Principios del Derecho Europeo de Contratos, cuando se debió a un impedimento fuera de control y no se podía suponer razonablemente que dicho incumplimiento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato ni tampoco se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias (**art. 8:108**)”

A la luz de estos criterios, considera el Tribunal que el Ayuntamiento tenía derecho razonablemente a esperar que la operación de venta del inmueble se produjera con arreglo al plazo estipulado en las condiciones administrativas de la licitación, sin que pueda justificarse el retraso en el pago por las dificultades que el comprador hubiera podido padecer en reunir el efectivo necesario,

“pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato”.

Y por eso, añade,

“[E]l retraso se convirtió en esencial (en los términos de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, art. **1:808.3**²⁰³ 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.”

Y abunda el Tribunal en la justificación de la importancia del retraso en el valor que asimismo tiene el cumplimiento de los plazos de los procedimientos administrativos en garantía de los intereses públicos ligados a la recta y eficaz utilización de los bienes y recursos disponibles para la comunidad vecinal integrada en los entes locales.

El Tribunal no duda tampoco de la calificación incumplidora de la conducta del licitador, en este caso, incluso para el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1504 CC²⁰⁴, existiera o no pacto comisorio, por la trascendencia de la doble

²⁰³ La sentencia escribe art. 1:806.3), pero se refiere al art. 8:106 (3).

²⁰⁴ Art. 1504 CC En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera 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.

incomparecencia ante el notario en los días que se le señalaron en los respectivos requerimientos.

Destaca en esta sentencia la observación de que, siendo Ponente el Magistrado XIOL RÍOS, que ya había utilizado antes –como hemos visto- el texto de los PECL explicando que servía para abundar en la integración del art. 1124 CC por cuanto se trataba de un documento en que se formulaban jurídicamente los principios que integran la *lex mercatoria*, y comunes a los distintos ordenamientos, con el propósito de servir de normas uniformes en la práctica de las relaciones comerciales, omite ahora decirlo y explicarlo, y, además, acude a otro nuevo texto, el de los Principios Unidroit, que tampoco es un texto normativo en nuestro ordenamiento, como si ambos fueran textos legales de aplicación imperativa en nuestro ordenamiento.

vii) STS 30 de octubre de 2008 (ROJ STS 5816/2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

En esta sentencia se exige también el mismo criterio para dar lugar a la *exceptio non adimpleti contractus* y el caso en que se aplica es para exigir, a quien reclama por incumplimiento, no haber incurrido él mismo en un incumplimiento igual. Y para integrar su argumento con el art. 1124 CC, en relación con el art. 27.1 LAU, como veremos, acude en su interpretación a las ya referidas normas de la CISG (art. 25) y reglas de los PECL (art. 8:103).

Las partes habían suscrito un contrato de arrendamiento de una vivienda por un plazo de un año, excepcionando la prórroga legal obligatoria por causa de necesidad del arrendador para destinarla a vivienda permanente para sí (art. 9.3 LAU, antes de su modificación por el art. 1 de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, y por el art. 1.4 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas).

Después de abandonar la vivienda el arrendatario, no la ocupa el arrendador, sino su nieta, por lo que el arrendatario reclama, en ejercicio de la acción que se le ofrece por el art. 9.3 LAU, opta por que se le indemnice con una cantidad igual al importe de la renta por los años que quedaban hasta completar los cinco de la prórroga legal del contrato, vigente antes de su reducción a los tres que rigen en la actualidad tras las reformas antes señaladas.

Por su parte, el arrendador aprovecha el oponerse a la demanda para formular reconvencción en reclamación de una determinada cantidad de dinero a que ascendía la deuda por impago del arrendatario de rentas pendientes, así como

otros conceptos asimilados, tales como contribuciones, tasas de basura y suministros de facturas de luz y agua.

Tras discutirse en primera instancia que quien había suscrito el contrato de arrendamiento (arrendador) había sido el abuelo de la propietaria de la vivienda, sin hacer mención que lo hacía como mandatario de la misma, por lo que el habilitado para necesitarla era él y no su nieta, según el arrendatario, así como discutirse también sobre la necesidad de ocupar la vivienda o mera conveniencia, concluye el Juzgado de instancia, aplicando lo dispuesto por el art. 1717 CC²⁰⁵ sobre el mandato, que “cuando el contrato firmado por las partes hace relación al supuesto de necesidad de ocupación de la vivienda se está refiriendo al supuesto de que (...) propietaria de la misma, la necesitase como vivienda permanente”, y, por otra parte, justificada la necesidad, y no mera conveniencia, por lo que desestima la demanda.

Y, en cuanto a la reconvencción, no discutiendo, ni negando el arrendatario su obligación de pago de lo reclamado, sino el haberlo pagado, pero no acreditándolo, accede el Juzgado de instancia a estimar la reconvencción y condenar al arrendatario al pago de lo reclamado.

La sentencia es apelada por el arrendatario y la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, en su sentencia de 31 de diciembre de 2002, desestima la apelación y confirma la del Juzgado de instancia.

Sin embargo, aunque no estima la apelación, no es en razón al argumento del Juzgado de instancia, relativo a la representación, que consideraba que por virtud de lo dispuesto en el art. 1717.2, último inciso, CC, debía entenderse que cuando el arrendador (abuelo de la propietaria) firmaba el contrato, lo hacía en representación de su nieta, aunque no lo expresara así, y, por tanto, excepcionando para ella la prórroga legal del contrato por causa de su necesidad de la nieta, pues entiende que tal conclusión es errónea.

De los hechos que se declaran probados resultaba que el arrendador (abuelo de la propietaria), había suscrito el contrato con el arrendatario sin expresar que lo hacía por mandato ni en representación de su nieta, y el Juzgado entiende que, al no tener el arrendador título de propiedad, ni usufructo, que le legitimara para dar en arrendamiento la vivienda, la relación arrendaticia creada había de entenderse que

²⁰⁵ Art. 1717 CC Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

vinculaba directamente a la propietaria con la arrendataria “y ello en virtud de lo preceptuado en el art. 1717 CC que exceptúa de la relación directa entre mandatario y las personas con quienes contrata el supuesto de que la actuación del mandatario tenga por objeto “cosas propias del mandante”, que considera es lo ocurrido en este caso.

Sin embargo, de los hechos probados también resulta que no consta acreditado que la arrendataria tuviera conocimiento al firmar el contrato de que la vivienda era propiedad de la nieta del que firmaba como arrendador, y por ello la Audiencia considera que para la arrendataria es indiferente la persona del arrendador, que no tiene por qué ser necesariamente el propietario, y a los efectos de la excepción de la prórroga por causa de necesidad el tenor literal de la norma se refiere expresamente al arrendador como único sujeto de la necesidad de la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí, no siendo lo mismo contratar un arrendamiento sujetándolo a esta excepción de necesidad con una persona de edad mayor, que tiene otra vivienda en la misma ciudad, que si se hace con una persona de menor edad, pues es más probable que ésta necesita la vivienda antes que aquélla.

Y en cuanto a la excepción del último inciso del art. 1717.2 CC, entiende la Audiencia que, para vincular al representado con el tercero en el mandato en los casos “en que se trate de cosas propias del mandante”, estas cosas deben ser notoriamente propias del representado (para lo que invoca la STS de 8 de junio de 1966), o el tercero debe conocer que las cosas que gestiona el representante son propias del representado (también la STS de 23 de enero de 1969), circunstancias objetiva aquélla y subjetiva ésta que no se dan en el caso de autos y por lo que considera la Audiencia que al haber obrado el arrendador en su propio nombre, es aplicable el art. 1717 CC, sin la excepción del último inciso del párrafo segundo.

En el mismo sentido, y con cita de la referida STS de 8 de junio de 1966, hemos de añadir que también se pronuncia la SAP Girona de 14 diciembre 2006 (ROJ SAP GI 1492/2006), FD 2, al considerar que “la excepción que el art. 1717 párrafo 2º CC establece como desviación de las reglas del mandato no representativo, para el caso que se trate de cosas propias del mandante, exige que el bien o interés a que se contrae el negocio sea manifiestamente ajeno y resultar esta circunstancia conocida por la otra parte, para que se produzca una *contemplatio domini* tácita²⁰⁶, generándose un poder de apariencia *ex facti circumstantiis sive ex re*²⁰⁷, SSTS de 8 de junio de 1966, 1 de diciembre de 1982, 28 noviembre 1973...”

²⁰⁶ Conocimiento por parte del tercero de que el actuante lo hace en interés de otra persona, el principal, en quien han de revertir los efectos de esa actuación

²⁰⁷ Que se manifiesta de las circunstancias del hecho o del objeto

Y más recientemente, también en el mismo sentido, la STS de 22 de abril de 2005 (ROJ STS 2494/2005)²⁰⁸ considera que “en el caso de actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una *contemplatio in re* que hace desaparecer la *denegatio actionis* (típica del mandato puro –no representativo–) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir, se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo).”

En nuestro derecho no se dispone de una regulación general de la representación²⁰⁹; se refiere a ella, pero no se define, ni se hace una regulación sistemática²¹⁰.

En lo que a contratos se refiere, es en el art. 1259 CC donde se establece la regla general de que ninguno puede contratar a nombre de otro (i) sin estar por éste autorizado (representación voluntaria) (ii) o sin que tenga por ley su representación legal, con la sanción de nulidad del contrato, si se infringe esta regla, “a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”. Y no se establece ninguna disposición más para regular esta institución, salvo la posibilidad de rescisión de los contratos celebrados en representación de los ausentes ante una lesión en más de la cuarta parte del valor, que establece el art. 1291 CC, por lo que en nuestro Derecho de contratos es una institución de construcción doctrinal y jurisprudencial, que se ha

²⁰⁸ Ponente el Magistrado JESÚS EUGENIO CORBAL FERNÁNDEZ

²⁰⁹ Se hace en los arts. 1282 a 1293 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (enero 2009).

²¹⁰ En el art. 10.11 CC, por ejemplo, encuadrado dentro del título relativo a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, se hace la distinción entre representación legal y representación voluntaria, para disponer que a la primera se aplicará la ley que regula la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante y a la segunda la ley del país en donde se ejerciten las facultades de la representación. En el art. 41 CC se hace referencia a la representación legal para señalar que el lugar en donde ésta esté establecida será el domicilio de las personas jurídicas. En el art. 71 CC se dispone que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro, sin que se le hubiera conferido. De la representación legal de los hijos trata el capítulo II del título VII (relaciones paterno-filiales), del libro II del Código civil, para decir que son los padres quienes, excepto para algunos concretos actos que señala, la ostentan de los hijos menores no emancipados. En el capítulo V del mismo título y libro se hace referencia a la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación y beneficio del menor. El art. 184 CC, y siguientes concordantes, hace mención a la representación legal del ausente para atribuirla a determinadas personas y algunos de sus efectos...; al regular la figura del defensor judicial (art. 299 bis CC)...; al dar al usufructuario la acción del propietario en representación de éste (art. 486 CC)...; a las obligaciones de quien en representación de otras acepte una donación (art. 631 CC)...; al derecho de representación en las herencias (art. 924 CC, siguientes y concordantes)...; a la representación de la herencia para el ejercicio de acciones (art. 1026 CC)...

disciplinado a partir del contrato de mandato (arts. 1709 a 1739 CC) y en relación con el art. 1259 CC.

Dentro de la representación se comprende tanto la representación legal como la representación voluntaria (ex art. 1259 CC), y como subcategoría de ésta se comprende la representación indirecta, recogida expresamente en el art. 1717 CC²¹¹, que es la que la Audiencia, en esta sentencia que estudiamos, considera producida entre el arrendador y la arrendataria, al no haberse expresado en el contrato que aquél actuaba en nombre de su representada (la nieta), sin que hubiera lugar a la excepción de notoriedad de la representación, ni que el tercero conociera de la misma (último inciso del art. 1717.2 CC), por lo que sus efectos son que el representado no tiene acción contra el tercero con quien el representante ha contratado, ni éste contra aquél, por lo que quien resulta obligado directamente con el tercero es el propio representante “como si el asunto fuera personal suyo” (art. 1717.2 CC).

A este tipo de representación (indirecta) se refiere también el art. 3:301 PECL una vez que en el art. 3:101 ha distinguido la representación directa (los casos en que el representante “actúa en nombre de su representado”) de la representación indirecta (los casos en que un intermediario “actúa por cuenta y representación de otro pero no en su nombre o cuando el tercero ignora y no tiene motivos para saber que el intermediario está actuando como representante”).

Volviendo a los argumentos de la sentencia que estudiamos, una vez que la Audiencia rechaza la aplicación de la causa de necesidad en la propietaria, cuando el contrato de arrendamiento había sido otorgado por su abuelo en su representación indirecta, es decir, sin expresar que se hiciera en su nombre, y sin que el arrendatario lo supiera, ni lo pudiera saber (porque, pese a poder haber consultado el Registro de la Propiedad, su presunción de titularidad “cesa radicalmente cuando por una de las partes contratantes se hace declaración expresa acerca de su titularidad sobre el objeto del contrato...”), no obstante, no estima la Audiencia el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, porque considera que también se oponía por el arrendador en la contestación (y en base a ello el fundamento de su reconvención), de manera implícita, la *exceptio non adimpleti contractus* del arrendatario, al reclamarle la obligación incumplida del pago de determinadas mensualidades de renta, así como por otros conceptos asimilados (como la tasa de basuras, el Impuesto sobre bienes inmuebles, y las facturas impagadas por suministros), dando lugar por ello la sentencia a la estimación de la reconvención, por lo que considera la Audiencia que si el

²¹¹ También a la representación indirecta se refiere el art. 246 CCo (“Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”)

arrendatario no había cumplido con su obligación contractual fundamental del pago, carecía de acción para la reclamación planteada en la demanda con base al contrato que él mismo ha incumplido (la *exceptio non adimpleti contractus*).

Entiende la Audiencia que entre el art. 9.3 (segundo párrafo) LAU y el art. 1124 CC existe un claro paralelismo, máxime si tenemos en cuenta que el art. 27.1 LAU también dispone que el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato de arrendamiento dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1124 CC.

Y así es, pues el segundo párrafo del art. 9.3 LAU, para el caso de que excepcionada la prórroga del contrato por necesidad del arrendador, éste no proceda a ocupar la vivienda, se le da opción al arrendatario para exigirle su reposición en el arrendamiento por un nuevo período legal (con indemnización de los gastos que el desalojo le hubiera supuesto hasta el momento de volver a ocupar la vivienda), o una cantidad igual al importe de la renta por los años que quedaren hasta completar la prórroga legal.

En consecuencia, entiende la Audiencia aplicable a los arrendamientos la doctrina general del art. 1124 CC y no reconoce a la arrendataria el derecho a exigir las obligaciones del arrendador “cuando ella misma no ha cumplido las suyas”.

El motivo del recurso de casación se fundamenta para el arrendatario en que el incumplimiento que se le imputa no tiene el alcance resolutorio exigido por el art. 1124 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, pues entiende que debe haber un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal y no basta un cumplimiento defectuoso, sin que alcance aquel carácter la deuda que se le reclama (al no especificarse, ni desglosarse en conceptos, ni tenerse en cuenta el importe de la fianza para descontarlo, ni haberse justificado un requerimiento previo del pago de unos conceptos, como el de la tasa de basuras, o el Impuesto sobre bienes inmuebles, que puede el arrendador exigir al arrendatario siempre que así se hubiera pactado, pues ciertamente es un derecho que le es reconocido y que puede hacer valer en su relación jurídico-privada, pero también es claro que la exacción tiene lugar por virtud de la relación jurídico-pública entre el propietario y el ente público, y ante el ente público la obligación reside en el propietario, que después de su pago podrá repercutirlo al arrendatario, precisando obviamente el arrendatario que así se le notifique y se le reclame por el propietario junto con la renta).

Hemos de destacar, en primer lugar, que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la procedencia o no, en abstracto, de la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* a la facultad del arrendatario de optar entre su reposición en el arriendo o solicitar la indemnización legalmente establecida por el ejercicio indebido del arrendador de su facultad denegatoria de la prórroga legal por

razones de necesidad, y así expresamente lo dice, porque no se le cuestiona por el recurrente entre los motivos de su recurso, por lo que entra a conocer y a resolver exclusivamente sobre la apreciación que efectúa la sentencia recurrida en relación al carácter esencial del incumplimiento que se le imputa al arrendatario.

Para resolver la cuestión, comienza el Tribunal (FD 3-a) por exponer su criterio, que dice ya declarado con reiteración, de que el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones es de carácter físico y, por ello, exclusivamente sujeto a la apreciación por los juzgadores de instancia, sin acceso a la casación, salvo que lo sea a través de un motivo sobre error en la valoración de la prueba, vía ésta que no se ha utilizado en el caso de autos. Pero, dados los hechos probados y que en la instancia se consideran determinantes del incumplimiento a que se refiere una norma jurídica, sí que cabe calificar la trascendencia de tales hechos a los efectos de apreciar sus efectos jurídicos (cuestión jurídica) en relación a esa norma, es decir, si, en el caso en cuestión, pueden ser determinantes del incumplimiento resolutorio de la obligación, o la posible incoherencia o falta de razonabilidad de las conclusiones en las instancias inferiores.

Y a renglón seguido (FD 3-b) es cuando, explicando lo mismo, pero quizás con mejor exposición, nos repite el Tribunal, con cita de la STS de 5 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006) y traslado literal de su contenido, la evolución de su criterio respecto al incumplimiento resolutorio de las obligaciones: tradicional exigencia de una “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, pero posterior tendencia a determinadas matizaciones... que se ajustan a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la CISG (art. 25, en relación con el art. 49)...; y que en un sentido parecido también se pronuncia el art. 8:103 PECL, explicándonos a continuación la función integradora de esas normas de la disposición internacional –CISG- para la interpretación del art. 1124 CC, lo que también viene reflejado en los PECL (“documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria*...”).

Se añade en esta sentencia, como interesante, el resumen tras esta explicación, de que “el incumplimiento contractual que da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria contemplada en el art. 1124 CC debe ser esencial, intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo, privando sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato (STS 19 de mayo de 2008, rec. 1008/2001)”.

Obsérvese que esta última exigencia (“privando sustancialmente al contratante...”) es literalmente el texto del art. 8:103,b) PECL; que la anterior (“intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro...”) es literalmente el texto del art. 8:103, c) PECL; y que la primera exigencia, el carácter de “esencial”, también es en realidad el contenido del art. 8:103,a) PECL.

De esta forma puede entenderse que, si es posible consagrar una interpretación jurisprudencial de este tipo en relación al art. 1124 CC, en realidad se está haciendo un trasplante de estos textos, no ya de la CISG, que por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico ya es fuente de nuestro Derecho, sino del texto académico –PECL-, en el que se contienen los principios comunes a los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pudiendo conseguir realmente que sirvan estos principios a su propósito de dar uniformidad a las normas que regulan las relaciones contractuales en los ámbitos estatales en que de la misma manera sean también aplicados por sus respectivos tribunales.

Volviendo al caso cuestionado en esta sentencia, argumenta el Tribunal que al dar por sentado como hechos el no haberse negado por el arrendatario la obligación de pago de los conceptos reclamados (contribución, tasa de basura, consumo de agua..., abono de rentas pendientes), confirmada por la sentencia de apelación, se está aceptando por el propio arrendatario la alegación de la arrendadora en el sentido de que “la arrendataria no ha cumplido con su obligación contractual fundamental de pago”, con lo que –infiere el Tribunal- “el incumplimiento por parte de la arrendataria... tiene suficiente entidad para ser considerado como un incumplimiento de sus obligaciones principales... suficientemente relevante en la economía del contrato para el arrendador, cuyo interés en obtener lo que tenía derecho a esperar se ve frustrado cuando se produce un impago, aunque no sea total, de la renta y cantidades pactadas... teniendo en cuenta que en el caso examinado el incumplimiento se mantiene a lo largo del tiempo y no permite por ello esperar razonablemente un cumplimiento futuro”.

viii) STS 3 de diciembre de 2008 (ROJ STS 6859 /2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías

Esta sentencia afronta el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación, que señala no está contemplado directamente en el art. 1124 CC.

Los hechos acreditados probados que dan lugar a ese incumplimiento resolutorio por un cumplimiento tardío de las obligaciones, vienen de un contrato previamente calificado en otro procedimiento como promesa bilateral de compra y venta que regula el art. 1451 CC, suscrito entre la empresa titular de unos viñedos, que se obligaba a vender sus cosechas anuales de uva, y una empresa bodeguera, que se obligaba a la compra de esas cosechas, estableciéndose un precio variable en función de la cosecha, pero con un mínimo de 10 pesetas/kg, y la forma de pago mediante una letra aceptada por la empresa bodeguera con vencimiento a 31 de enero del año siguiente al de la cosecha.

Las relaciones entre las partes contratantes se deterioran como consecuencia de que, para el cobro del precio de la cosecha de 1993, hubo la empresa titular de los

viñedos que deducir un procedimiento judicial para el pago de los efectos cambiarios correspondientes, que no llegó a cobrar sino hasta 1997. Y, ante estas circunstancias, la empresa de los viñedos requiere a la bodega para que respecto de la cosecha del año 1994 se le libere aceptada una letra de cambio a cuenta de la liquidación final, lo que ésta no acepta, y, en consecuencia, no se le hace entrega de la cosecha; y lo mismo para el año 1995, por lo que la empresa de los viñedos pretende resolver el contrato y así se lo comunica a la bodega, que no acepta la resolución, lo que hace que ésta formule su reclamación judicial contra la empresa de los viñedos invocando el incumplimiento del contrato (al no entregársele las cosechas de los años 1994 y 1995) y, en consecuencia, su resolución e indemnización de los daños y perjuicios causados al no haber podido disponer y elaborar esas cosechas de uva, cifrando su importe en más de 1400 millones de pesetas.

La empresa de los viñedos contesta y se opone a la reclamación pidiendo, de manera principal, que se desestime la demanda por no haber existido incumplimiento alguno de su parte, ya que, ante la situación económica próxima a la insolvencia de la empresa bodega, contra la que hubo de ejercitar el procedimiento judicial para el cobro de la cosecha de 1993, hizo uso de la facultad que le otorgaba el art. 1467 CC²¹².

La sentencia del Juzgado estima en parte la demanda (con respecto al incumplimiento de entrega de la cosecha del año 1994) y, apelada la sentencia, la Audiencia da lugar a la apelación de la empresa bodega y estima su demanda por incumplimiento también de la entrega de la cosecha de 1995, ya que considera que, aun cuando las partes negociaran cada año algunos aspectos nuevos de su relación, en ningún caso podía dejar la empresa de viñedos entregar sus cosechas a la bodega por no acceder ésta a sus pretensiones de garantía del pago, al no haber sido pactada esta circunstancia en el contrato y al no constar la insolvencia de la actora, por lo que no podía darse aplicación al art. 1467 CC. Y, por tanto, el incumplimiento lo era de la empresa de viñedos al no entregar para su elaboración las cosechas de esos años que se reclaman: 1994 y 1995.

En el recurso de casación ante el Tribunal Supremo la empresa de los viñedos denuncia infracción del art. 1100 CC, en relación con los arts. 1157, 1124 y 1169 CC, para lo que alega que la bodega, incurso en mora, no se hallaba facultada para exigirle el cumplimiento, ni siquiera en el caso de cumplimiento parcial, por lo que la recurrente podía proceder a la suspensión del cumplimiento de sus

²¹² Art. 1467 CC. Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio.

Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.

obligaciones; y se había acreditado que la empresa bodeguera no pagó la cosecha de 1994 hasta el año 1997, después de un procedimiento judicial ejecutivo.

El Tribunal Supremo estima este motivo del recurso al considerar que la Audiencia no lleva hasta sus últimas consecuencias la interpretación del contrato entre los litigantes, por cuanto que se trataba de un contrato de promesa recíproca de comprar y vender las sucesivas cosechas anuales, debiendo considerarse que las partes se obligaban a la compraventa de cada cosecha como contrato independiente cada año, por lo que, dados los hechos probados, se demostraba que el contrato de la cosecha de 1993 fue incumplido por la empresa bodeguera al no pagar el precio y obligar a la otra parte a su reclamación por vía judicial sin completar la satisfacción de su crédito sino hasta 1997, razón por la que, a la vista de esta situación, se le exigieron unas garantías para la contratación de la cosecha siguiente, que, al no aceptarlas, se negó a contratar. En consecuencia, en todo caso, la obligación incumplida por la empresa de los viñedos no fue la de entregar, sino la de contratar la siguiente cosecha de uva.

Considerado así el contrato (promesa de comprar y vender cada año cada cosecha), lo que debe examinarse –dice el Tribunal Supremo- es si el impago de la cosecha de 1993, que debía haberse pagado en enero de 1994 y no se obtuvo sino a través de un procedimiento judicial y en 1997, constituye un incumplimiento esencial, o no.

La Audiencia Provincial considera que la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación no es un incumplimiento que pueda producir la resolución del contrato con prestaciones recíprocas, porque, dado el diferente origen de las normas contenidas en los arts. 1100 y 1124 CC, la constitución de la mora no se entrecruza con la resolución y no debe impedirla.

A este respecto argumenta el Tribunal Supremo que es cierto que “el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación no está contemplado directamente en el art. 1124 CC, puesto que se requeriría que se hubiese constituido en mora al deudor, lo que no es suficiente.”

Sin embargo, sale al paso el Tribunal considerando que en el supuesto de autos no se discutía sobre la mora, sino sobre cuál de los incumplimientos debía ser considerado esencial; y sentencia que,

“cuando el deudor no paga lo que debe y ha de ser constreñido para ello mediante un juicio ejecutivo, ya no nos encontramos ante el supuesto de la mora, sino ante un caso directo de incumplimiento, que además, debe ser considerado como esencial, porque impide directamente la satisfacción del fin económico del contrato de compraventa, de modo que si el obligado no ha ejecutado en absoluto su pretensión, en este caso, el pago, y el plazo ha vencido, la resolución del contrato puede demandarse sin necesidad de constituir especialmente en mora al demandado.”

Argumento este que complementa con su ya típica exposición de que la jurisprudencia ha venido entendiendo que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento, y que aunque una tendencia tradicional haya exigido lo que se calificaba como “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, sin embargo, la tendencia posterior y también la reciente han introducido criterios más matizados (frustración del fin del contrato, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte).

Y nos explica que últimamente,

“los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios... Unidroit), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra...”

Y nos sigue explicando que,

“[E]ste principio se repite en el art. 8:101 (1) de los Principios... PECL, que en el art. 8:103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial...”

También, que,

“Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas..., hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su art. 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya “un incumplimiento esencial del contrato (STS 5 abril y 22 diciembre 2006)”.

Vemos cómo con claridad nos está exponiendo el Tribunal que el art. 1124 CC debe interpretarse a la luz de normas de aplicación en nuestro ordenamiento, como es la CISG, que contiene unos principios iguales a los que también se recogen en otros textos que no son de aplicación en nuestro ordenamiento, porque no son fuente de nuestro Derecho (art. 1.1 CC), pero que nos sirven para su interpretación.

Sin embargo, en este caso concreto, en que el Tribunal sentencia que es el vendedor el que puede resolver el contrato y no entregar la cosa objeto de la compraventa cuando el comprador incumple previamente su obligación fundamental del pago del precio, no resulta de aplicación el art. 49.1 CISG –que

es al que señala la Sentencia-, porque esta disposición no se refiere a la facultad del vendedor para resolver en caso de incumplimiento del comprador, sino al contrario, a la facultad del comprador de resolver el contrato (y no cumplir su prestación de pago), cuando el vendedor incumple. En el supuesto de autos, la norma paralela sería la del art. 64.1 CISG.

El error en invocar una y no la otra, entendemos que obedece a que no lo ha advertido el Tribunal (que se trataba de facultar al vendedor para dar la resolución por incumplimiento del comprador) y ha trasladado en bloque los iguales argumentos de la STS de 22 de diciembre de 2006 (ROJ STS 7943/2006), que también cita, en que se facultaba al arrendatario para resolver el contrato por incumplimiento del arrendador.

En todo caso, también se advierte que, si se utiliza la CISG para integrar el art. 1124 CC, y aunque no se hubiera calificado el contrato de promesa de compra y de venta de cosechas de años sucesivos, y que cada uno de estos sucesivas entregas constituyeran contratos independientes, se habría podido completar igualmente el argumento, bien (i) con la previsión que se hace en el art. 73.2 CISG (de que “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 “), o bien con el dictado de las reglas del art. 8:105 PECL (de que “[1] Una parte que, de manera razonable, crea que la otra parte incumplirá sus obligaciones de manera esencial, puede exigirle que proceda a garantizar el correcto cumplimiento de las mismas y, entre tanto, puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones durante el tiempo en que persista razonablemente en este convencimiento. [2] Si dichas garantías no se prestan en un plazo adecuado y la parte que las exigió sigue creyendo de manera razonable que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte, la primera puede poner fin al contrato, comunicando de inmediato dicha resolución”)

ix) STS 17 de diciembre de 2008 (ROJ STS 7033 /2008) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Encarnación Roca Trías

En esta sentencia se trae como argumento interpretativo del art. 1124 CC las anteriores sentencias de 10.10.2005, 05.04.2006²¹³, 20.07.2006, 31.10.2006, 22.12.2006 y 23.07.2007²¹⁴, en que ya se ha expuesto que,

²¹³ Por error dice día 4 de abril, pero es del día 5.

²¹⁴ Por error dice 20 de julio, pero es del día 23.

“el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al art. 8:103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato; y el caso del incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento...”

La cuestión planteada en las instancias inferiores traía causa de un contrato por el que una Comunidad de Construcción adquiere al demandante unos terrenos y se convino que el precio se pagara una parte en dinero y otra mediante la entrega de dos viviendas, entrega que había de tener lugar en el plazo de dos años siguientes a la firma de la escritura. Esta firma tiene lugar el 3.7.1998, el 19.8.1998 se presenta el proyecto de construcción ante el Ayuntamiento interesando la correspondiente licencia municipal de edificación, pero ésta se deniega por no ajustarse el proyecto a las normas urbanísticas aplicables al sector (que era un ámbito regido por una Junta de compensación del que el vendedor-demandante formaba parte y conocía las normas cuyos reparos puso el Ayuntamiento y de las mismas no advirtió a los compradores, como que el máximo de viviendas era de 55 según las normas y el proyecto contemplaba 58, así como algo menos de edificabilidad de la proyectada). Hechas las enmiendas necesarias en el proyecto se obtiene la licencia en noviembre de 1998 y la obra se concluye en diciembre de 2001 (6 meses después de presentada la demanda).

El propietario demanda a la Comunidad de Construcción en reclamación de cumplimiento del contrato y de la indemnización de los daños y perjuicios por el retraso.

Desestiman la demanda tanto el Juzgado de instancia (al considerar que el retraso en el inicio de las obras después de lo previsto no era imputable a la comunidad, por lo que la pretensión del actor era anticipada), como la Audiencia Provincial (al considerar que, aun resultando evidente el incumplimiento del plazo en la entrega, el problema estaba en determinar si ese incumplimiento podía considerarse grave a los efectos del art. 1124 CC -y facultar al perjudicado para exigir el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos con el resarcimiento de los daños y perjuicios-, y razona que, aunque el hecho del retraso en la construcción de una vivienda pueda llegar a generar molestias y perjuicios, no supone –por lo general- la absoluta imposibilidad de satisfacer la obligación, pues, como sucedió en el caso de autos, la entrega ya se había producido tan sólo seis meses después de formalizarse la demanda; por tanto, y por cuanto que además el propio demandante había participado en las causas de ese retraso, tampoco había razón para dar lugar a la indemnización de daño o perjuicio alguno).

En la resolución del recurso de casación planteado por el demandante, la Sala considera que deben plantearse dos cuestiones: (i) comprobar si ha habido incumplimiento (debiendo ser la respuesta afirmativa en el caso de autos, ya que se evidenciaba el retraso en la entrega de las viviendas, pero del mismo no se deducía en las instancias inferiores las consecuencias pretendidas por el actor); y (ii) comprobar si el incumplimiento es o no definitivo, y a quien debe atribuirse.

Parte la Sala del Tribunal Supremo de la premisa de que “no todo incumplimiento conlleva ni la resolución del contrato ni debe implicar automáticamente indemnización”.

En estos casos de retraso en la entrega de viviendas se ha de examinar el valor del plazo de la entrega y si su inobservancia lleva indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato.

En el caso de autos, lo acordado podía ser todavía realizado (pese al retraso), y prueba de ello era que incluso el propio demandante reclamaba en su demanda el cumplimiento. Y así planteado el debate, el Tribunal nos dice que la cuestión consistía en determinar “si, aun siendo posible la prestación en un momento posterior al pactado, resulta idónea para el cumplimiento de la obligación acordada y la satisfacción de los intereses del acreedor. En definitiva, si el plazo establecido era esencial y, por tanto, el incumplimiento es definitivo, o si puede ser considerado como no esencial, en cuyo caso el simple retraso no perjudica la prestación pactada”.

Argumenta el Tribunal que no se trata de un incumplimiento esencial, por cuanto que: (a) la prestación es aún idónea para satisfacer los intereses del acreedor (que debe considerarlo así cuando él mismo reclama en su demanda el cumplimiento); (b) no existe una voluntad incumplidora de los deudores (que han ido superando los obstáculos, algunos de los cuales podían ser imputados al propio acreedor); y (c) el retraso debe poder justificar la resolución, lo que no ocurre en el presente caso.

Y, por tanto, concluye en que,

“habiendo incumplimiento que se manifiesta en la entrega tardía de lo pactado, no puede ser considerado esencial, por lo que no es aplicable la regla del art. 1124.2 CC... [y] al no haber incumplimiento esencial, no es posible la indemnización pretendida y más teniendo en cuenta el ofrecimiento de pago efectuado por los deudores y rechazado por el acreedor...”

Añade la sentencia también que, en el caso de autos, “además, el retraso no puede ser imputable a los recurridos”, siendo a nuestro juicio esta la razón, y no el carácter no esencial del incumplimiento, de que no proceda la reclamación de posibles daños y perjuicios.

x) STS 16 de diciembre de 2009 (ROJ STS 8154/2009) -

Ponente: Encarnación Roca Trías

Se invoca la regla del art. 9:501 (2) PECL para confirmar el criterio de nuestra jurisprudencia en la interpretación del art. 1106 CC y para definir el contenido de lo que ha de entenderse por el lucro cesante que, junto con el daño emergente, integra la indemnización de daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones o del cumplimiento doloso, negligente o moroso (art. 1101 CC).

En el supuesto de hecho cuestionado intervenía una empresa (SL1) fabricante de maquinaria industrial (en concreto era el caso de depuradores multiciclónicos) que debía suministrar a otra empresa (SL2, cuyo objeto era la instalación llave en mano de equipos de aprovechamiento de energía). Y la fabricación de las unidades ciclónicas que debían integrarse en los depuradores, SL1 la contrata con SA.

Ante las reclamaciones de los clientes a los que se les había instalado estos equipos de aprovechamiento de energía, la fabricante de los depuradores (SL1) y la instaladora de los equipos (SL2) demandan a la fabricante de las unidades ciclónicas, al considerar que las fabricadas en serie no se acomodaban al boceto entregado, ni a los 4 prototipos iniciales a los que se le había dado el visto bueno, reclamándole responsabilidad contractual y extracontractual por daños, al haber intervenido culpa/negligencia en el cumplimiento de su obligación y fabricar las piezas sin cumplir las especificaciones, y consecuentemente la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

La sentencia del Juzgado de primera instancia considera que se trata de un contrato de compraventa sobre muestras (art. 327 CCo) entre la fabricante de los depuradores y la fabricante de las unidades ciclónicas que debían colocarse en los depuradores (entre SL1 y SA), que la fabricación en serie se había realizado según el plano y conforme a las muestras a las que se les había dado el visto bueno, sin que hubiera actitud negligente.

La Audiencia Provincial, sin embargo, considera que se trata de un contrato de obra, y que se ha acreditado negligencia inicial, e incluso posterior, de ambas partes, de la comitente por no controlar y de la fabricante de las piezas por no ajustar la fabricación en serie a los prototipos iniciales (lo que deduce de los informes periciales) y no controlar tampoco, el resultado del producto, a las empresas a las que, a su vez, había subcontratado la fabricación de esas piezas, por lo que considera la sentencia que al coadyuvar ambas partes al resultado dañoso se habrá de moderar la indemnización de acuerdo a lo establecido en el art. 1103 CC.

La empresa fabricante de las piezas defectuosas recurre en casación, entre otros motivos, por considerar que se había infringido el art. 1106 CC, en cuya interpretación la jurisprudencia había declarado que se ha de probar el lucro cesante, y en el caso de autos la indemnización señalada por la sentencia obedecía a unas meras expectativas de ventas futuras. Y frente a la denuncia de este motivo del recurso de casación (art. 1106 CC), el Tribunal Supremo considera que carece de fundamento porque,

“[S]egún el art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (artículo 9:501 [2] PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. Así la STS 289/2009, de 5 de mayo de 2009 (ROJ STS 2386/2009), al analizar la postura de la jurisprudencia de esta Sala... “si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (STS 274/2008, de 21 de abril de 2008²¹⁵ –ROJ STS 4757/2008-, y las que cita²¹⁶)... “cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso”, por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad...”

Y en el caso de autos decía la sentencia recurrida que la ganancia dejada de obtener resultaba de los informes periciales, que habían detectado a partir del examen de las cuentas anuales de las actoras, de las liquidaciones del impuesto de sociedades, de las cuentas de explotación, de las facturas de calderas que incluyen multiciclones, “un descenso de las ventas totales por los problemas surgidos con

²¹⁵ “En cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el quantum (cuantía) de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la STS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto, pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud...”

²¹⁶ SSTs de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 4 de febrero de 2005, rec. 3744/1998, 31 de mayo de 2007, 18 de septiembre de 2007, rec. 4426/2000.

las piezas de multiciclón, usando el ratio “beneficio de explotación/ventas” como método de mínimos y extraíble de tales cuentas”...

**xi) STS 5 de octubre de 2010 (ROJ STS 5144/2010)- Ponente:
Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

No se trata en este caso de una resolución contractual, sino de la reclamación de la pena convenida por incumplimiento del contrato, por el que la editora de la revista *Interviú* venía autorizada a la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de una persona a cambio de un precio, en el que se había establecido también como cláusula penal que la publicación de cualquier fotografía del reportaje que no haya sido previamente aprobada por la persona fotografiada, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto, generaría para la editora la obligación de indemnizar por el daño a la imagen e intimidad una determinada cantidad que se pactaba expresamente que no podía ser moderada.

Al aparecer el mismo día de su publicación una de estas fotografías en otro medio de comunicación el mismo día en que se publicaba la revista autorizada, todo dejaba indicar que –como valora la Sala de la Audiencia Provincial- que la editora había incurrido en el supuesto que daba lugar a la cláusula penal, “bien porque se entrega la citada revista..., por la entidad demandada a sabiendas de lo que iba a ocurrir, esto es, la divulgación de la/las fotografías del desnudo de la actora, para obtener así mayor reclamo o propaganda, o, en todo caso, se realiza, por una falta de diligencia, exigible a una entidad como la demandada, profesional del medio, que no debió ante las circunstancias expuestas entregar el ejemplar de la revista, previo a su venta en los quioscos...”

Por tanto, se da el supuesto de aplicación de la cláusula penal, en donde la pena, como establece el art. 1152 CC, “sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado”, por lo que la pena se debe sin tener que acreditar daño alguno, ya que sustituye a éste y se debe aunque el incumplimiento no hubiera producido daños, como así ya se expresaba en la STS 1261/1998, de 12 de enero –RJ 1999, 36-, haciendo suya la del mismo Tribunal de 8 de junio del mismo año –RJ 1998, 4284-:

“Aplicando los artículos 1152 y 1153 del Código Civil es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal -aparte de su función general coercitiva - es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda

exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal . La Sentencia de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\4284) dice, en este sentido: «El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS. 28-6-1991 [RJ 1991\4463] , 7-3-1992 [RJ 1992\2007] , 12-4-1993 [RJ 1993\2994] y 12-12-1996 [RJ 1996\8976])».

En el caso de la sentencia que analizamos, la pena se pactó expresamente sin posibilidad de moderación, lo que supone que “cubre tanto los comportamientos dolosos como los culposos, los incumplimientos totales o parciales...”, considerando que precisamente esta previsión contractual viene especialmente útil en estos supuestos, como el de autos, ante la dificultad de demostrar mediante prueba plena que el comportamiento incumplidor respondió a una calculada voluntad intencionada, así como los daños y perjuicios causados.

Al pactarse expresamente que no podía ser moderada la pena, impide la posibilidad de un juicio de equidad, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien que se tiende –de lege ferenda- a la posibilidad de moderación, incluso en supuestos en que se estipula con carácter de “inmoderable”, como así viene previsto en la propuesta de modificación del Código civil –art. 1150 PMCCOC- y también –refiere la sentencia- así apunta en este sentido el art. 9:509 (2) PECL.

xii) STS 18 de octubre de 2011 (ROJ STS 8013 /2011) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Para solventar en un recurso de casación frente a la SAP Albacete de 16 de abril de 2007 la infracción del art. 1124 CC que el recurrente denuncia infringido al sostener que no concurre en el caso incumplimiento resolutorio, por cuanto que, para ello, éste debía haber sido relevante en la economía del contrato, sin ser suficiente el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias, la Sala, tras tildar la exposición de los argumentos de falta de claridad y de hacer tabla rasa de la interpretación que del contrato hace la sentencia recurrida, que considera suficiente para rechazarlo y desestimar el recurso, quiere dejar constancia, no obstante, de que la sentencia recurrida no se había apartado de la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo sobre la necesidad de que en las obligaciones recíprocas haya de revestir “cierta gravedad para facultar la resolución a instancia de quien no incumplió o incumplió justificadamente”, y

para ello nos transcribe literalmente lo afirmado en la STS de 5 de abril de 2006 (ROJ STS 2364/2006, Ponente: Encarnación Roca Trías), que ya hemos dejado anteriormente también transcrito en nuestro estudio (que es en la que como argumento interpretativo e integrador del art. 1124 CC se señala el art. 25 CISG, y que en parecido sentido también se pronunciaba el art. 8:103 PECL), así como lo afirmado en la STS de 14 de marzo de 2008 (que ha de tratarse de un incumplimiento grave, de “una obligación principal dentro de la economía del contrato”) y en la STS de 12 de abril de 2011 (que con cita de otras anteriores exige que se trate de un incumplimiento caracterizado como “verdadero y propio”, “grave”, “esencial”, “que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato”, “la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico”).

xiii) STS 17 de enero de 2012 (ROJ STS 200/2012) – art. 9:509 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

No se discute en esta sentencia sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato a efectos de su extinción, que dan por realizada, ante el impago de los plazos del arrendamiento financiero, tanto la entidad bancaria (BBVA, sucesor en la posición de Caja Postal, S.A., y ésta lo había sido, a su vez, de Arrendamientos Financieros, S.A.), como la mercantil adquirente de cuatro locales comerciales integrados en un determinado conjunto residencial. Lo que reclama la entidad bancaria arrendadora es la entrega de la posesión de los locales y la liquidación del contrato; y lo que discuten en sede judicial es la liquidación del interés moratorio pactado al tipo del 24% anual desde la fecha de liquidación, que la arrendataria considera que debe ser moderada por el tribunal, al amparo de lo dispuesto en el art. 1154 CC, al haber habido cumplimiento parcial del contrato.

La cuestión se plantea así porque, en nuestro ordenamiento, se establece –como sabemos, en el art. 1124 CC- una regla general de que ante el incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones contractuales, la otra parte cumplidora puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (si se trata de un incumplimiento de carácter resolutorio, o así se pacta para el incumplimiento en cuestión), y en ambos casos reclamar también el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieran causado. Sin embargo, al ser nuestro ordenamiento, al igual que otros de nuestro entorno, permisivo en la libertad de pactos en el ámbito contractual, se permite a las partes asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante pactos expresos que derogan el régimen general de indemnización de daños y perjuicios, para el caso de incumplimiento, como así se establece en el art. 1152 CC (obligaciones con cláusula penal), en cuyo caso “la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses”, pero cuando

la obligación principal se ha cumplido en parte o irregularmente, entonces el art. 1154 CC dispone que el Juez deberá modificar de manera equitativa la pena.

Esta disposición del art. 1154 CC –para cuando la obligación principal se ha cumplido en parte o irregularmente- no establece la moderación judicial de la pena con carácter potestativo (como se hace en otros ordenamientos próximos, como el art. 1231²¹⁷ del CC francés, o el art. 1384²¹⁸ Codice c., o el art. 812.2²¹⁹ CC português), sino de forma imperativa: el art. 1154 CC dispone literalmente que “[E]l Juez modificará equitativamente la pena...” Por tanto, obliga al Juez a moderar la pena en los casos de incumplimiento parcial (sea deficiente o retrasado). Pero con base en la libertad de pactos de nuestro Derecho de contratos, aunque el incumplimiento haya sido parcial y se impusiera esa modificación judicial de la pena, ésta puede ser impedida por un pacto en contrario, como se afirma en la STS 633/2010, de 1 de octubre, que reproduce la STS 384/2009, de 1 de junio, y las que en ésta se citan, de que la previsión contenida en el art. 1154 CC “descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes”.

Si no se trata de un incumplimiento parcial, sino de un incumplimiento total, también a diferencia de esos otros ordenamiento en que se permite y se tolera la modificación de las cláusulas penales excesivas (como hacen el art. 1152 CC francés, o el art. 1384 Codice c., o el art. 812.1 CC português), en nuestro ordenamiento no se permite al Juez moderar en estos casos la pena, porque se considere excesiva, asimismo porque en base a esa libertad de pactos “fue libremente pactada por las partes” (STS 473/2001, de 10 de mayo).

Y la sentencia que estudiamos nos dice que este es nuestro sistema actual, pese a que se tiende hacia los criterios de los ordenamientos de nuestro entorno, como así está previsto en el art. 1150 PMCCOC y en el art. 9:509 (2) PECL.

Sin embargo, no vemos nosotros tanta similitud entre la regla de los PECL, en que sí que expresamente –art. 9:509 (2)- se establece que “aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”; y la propuesta de modificación de nuestro Código Civil –art. 1150 PMCCOC-, en que se dice que “[E]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en

²¹⁷ “[l]orsque l’engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d’office, être diminuée par le juge à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier...”

²¹⁸ « [l]a (prestazione) penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte... »

²¹⁹ “(si) admitida a redução (da cláusula penal)... se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.

relación con el daño efectivamente sufrido”. Se ha subrayado que en los PECL se establece la posibilidad de moderación de la pena desproporcionada “aun cuando se haya dispuesto otra cosa”, lo que no aparece tan claro que con la propuesta de modificación de nuestro sistema pueda suceder si se ha pactado lo contrario.

xiv) STS 16 de mayo de 2012 (ROJ STS 4009 /2012) – artículo 8:013 PECL- Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

En el contrato litigioso (de compraventa de participaciones sociales) se había establecido que para mantener la condición de socio era condición esencial e inexcusable la prestación de sus servicios profesionales en régimen de dedicación laboral plena, exclusiva y satisfactoria a favor de la sociedad y durante un mínimo de 6 años, señalándose su incumplimiento como causa de resolución de la compraventa de las participaciones, haciéndose constar, además, que “a los efectos de la presente cláusula se entenderá que existe incumplimiento de un nuevo socio cuando el socio fundador, sin otra decisión vinculante más que la suya propia y la de, al menos, dos nuevos socios diferentes al incumplidor, comunique por escrito al nuevo socio incumplidor la existencia de una situación de incumplimiento...”, sin que ello obstara la negativa del socio incumplidor a esa consideración, o que justificara los hechos, o cuestionara su relevancia, e incluso que si era objeto de procedimiento laboral de despido fuera éste declarado improcedente...

El socio incumplidor en este caso había ocasionado un perjuicio a la sociedad al realizar previsiones de venta erróneas (como director comercial), siendo despedido por falta de diligencia en el desempeño de su actividad, y el comité de dirección, del que formaban parte dos nuevos socios, reunido con carácter extraordinario concluyó en que hacía suya la decisión tomada de despido por cuanto la consideraban la más adecuada para la continuidad y el desarrollo futuro de la empresa, lo que se le comunicó a los efectos de la resolución de compraventa de participaciones.

Al reclamar judicialmente el sostenimiento de la improcedencia de la resolución, por considerar, entre otras razones, la nulidad y la inaplicabilidad de la cláusula resolutoria, así como la inexistencia de incumplimiento resolutorio (al haber sido declarado el despido improcedente), tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestiman la reclamación; y en el recurso de casación se formulan dos cuestiones de interés casacional a las que el Tribunal Supremo da respuesta: la una, en relación a la validez de la cláusula que atribuye a uno de los socios la facultad de decidir sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones, y la otra, sobre la existencia de incumplimiento resolutorio en este caso.

Respecto a la primera, relativa a la validez de la condición resolutoria establecida en aquellos términos y en relación con el art. 1115 C (que dispone que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula...), nos informa el Tribunal que esta norma, de forma pareja a otros ordenamientos próximos (y nos cita y transcribe el contenido de los arts. 1174 del Código de Napoleón, y el art. 1355 Codice c.), exige distinguir entre las condiciones puras o rigurosamente potestativas, dependientes exclusivamente de la voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado, de las condiciones simplemente potestativas en las que la condición depende en parte de otros hechos o motivos que representen intereses apreciables y razonables; y la condición a la que se refiere el art. 1115 CC “solo se da si depende del mero arbitrio del obligado” (y cita las SSTs de 16 de mayo de 2005, de 3 de diciembre de 1993 y de 28 de junio de 2007), por lo que rechaza para el caso de autos su nulidad por cuanto que la resolución estaba condicionada a la concurrencia del incumplimiento.

Y, respecto del incumplimiento a cuyo acaecimiento se condicionaba la facultad resolutoria, se había declarado probado que dos de los nuevos socios mostraron su acuerdo a su existencia en las condiciones pactadas (es decir, con independencia de si se cuestionaba su relevancia e incluso de si el despido se declaraba improcedente en procedimiento laboral...), por lo que, como razona el Tribunal, tratándose de una resolución convencional o pactada de forma expresa (condición resolutoria expresa), aunque no la contempla el art. 1124 y 1156 CC, la ha admitido la jurisprudencia en base al principio de autonomía de la voluntad, a la libertad autonormativa que inspira nuestro derecho contractual privado, que permite a las partes configurar libremente causas de resolución y, al amparo de la libertad de pactos (siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público –art. 1255 CC-), también atribuir la naturaleza de obligación principal a determinadas prestaciones o a su exacta ejecución, “de tal forma que su incumplimiento –incluida la modalidad de cumplimiento inexacto- tenga trascendencia resolutoria por expresa decisión de las partes”, resultando en estos casos de aplicación el art. 1124 y 1156 CC aunque lo se contemple expresamente (STS 977/2006, de 5 de octubre).

Y este es el argumento del Tribunal Supremo para considerar que, en los casos de condiciones resolutorias pactadas expresamente en el contrato, se haya de estar al contenido de la propia condición (siempre que no sea rigurosamente potestativa y dependa de la exclusiva voluntad y arbitrio del obligado, en cuyo caso sería nula por virtud de lo establecido en el art. 1115 CC), siendo de aplicación el art. 1124 CC (que faculta la resolución) y el art. 1156 CC (que declara la extinción).

Sin embargo, añade también el Tribunal como argumento, que,

“[P]ara que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha

inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la voluntad deliberadamente rebelde, exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre, “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas... cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando....” En un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual “el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato; (b) cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podría esperar del contrato...; (c) o cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”

Sí que es este el criterio de la doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 1124 CC, y sí que es esta la tendencia última de nuestra jurisprudencia, ajustándose con ello a los cánones de la CISG y de aquel texto –los PECL- que en otra sentencia (la STS de 3 de diciembre de 2008, ya antes estudiada) se nos decía que se recoge una línea de argumentación “fundada en el derecho inglés”. Pero, en el caso de autos, se limita el Tribunal a exponer de esta manera los distintos tipos de incumplimiento resolutorio que conforme al art. 1124 CC facultan a la parte cumplidora para resolver el contrato, sin concretarnos cuál de ellos sería el que tipifica o determina en el caso la resolución del contrato, y, a nuestro modo de ver, debería concretarlo, aunque podemos deducir –sin descartar reparos- que no se trata del incumplimiento intencionado a que se refiere la letra c), ni al que priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato..., sino del incumplimiento de la “observancia estricta de la obligación” como causa del contrato.

xv) STS 30 de julio de 2012 (ROJ STS 6079/2012) - artículos 8:013 y 9:305 (1) PECL - Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

El asunto litigioso que resuelve el Tribunal en esta sentencia deriva de un contrato de distribución y venta de productos de calefacción y climatización fabricados por la demandada y que, mediante el contrato, convenía su distribución y venta por las dos compañías, franquiciadas así en exclusiva para una determinada zona, que demandan en razón a que en el contrato se convenía la obligación de la fabricante de “no establecer ningún otro establecimiento... ni por sí mismo ni a través de terceras personas en régimen de franquicia...” y, sin embargo, una vez iniciada la explotación de las tiendas instaladas por estas dos empresas franquiciadas, vino la

fabricante en realizar acciones promocionales en establecimientos de El Corte Inglés, lo que consideraban vulneraba las exclusivas de distribución y venta, por lo que aquéllas formularon su demanda pidiendo la resolución del contrato e indemnización de los daños y perjuicios.

La fabricante (franquiciadora) opone que sus pactos con El Corte Inglés no lo eran en régimen de franquicia, pero el Tribunal razona que, aunque la interpretación de los contratos era una facultad propia de los tribunales de instancia, interpretación que había de ser mantenida en casación, salvo que resultara ilógica o absurda, o violara directamente una norma jurídica que impusiera determinada interpretación (es decir, del art. 1281 y siguientes del Código civil), se sostenía en la sentencia recurrida que aunque el contrato con El Corte Inglés no podía asemejarse a uno de franquicia –según así se oponía por la demandada-, era lo cierto que “en definitiva, su efecto es el mismo o, si se quiere, peor...”, porque aunque los términos literales de la prohibición era el “régimen de franquicia”, se había interpretado el contrato considerando que el mismo no solo prohibía la concesión de franquicias, sino también aquellas otras modalidades de comercialización con efectos idénticos.

Acreditada esa vulneración del pacto de exclusiva del contrato por la franquiciadora, considera el Tribunal que no es obstáculo absolutorio la escasa incidencia económica, pues “la vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial”. Conclusión ésta a la que llega después de argumentar que, en relación con la posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia se había inclinado ya por “exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la “voluntad deliberadamente rebelde”, exigida en etapas anteriores...”

Nos cita la STS 364/2006, de 5 de abril, en la que se nos dice que “sistematiza la evolución desde cierto subjetivismo hacia un criterio objetivo”.

Y, con cita también de la STS 1000/2008, de 30 de octubre, reproducida en la STS 305/2012, de 16 de mayo, se nos explica que esa evolución se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la CISG..., y que también “[E]n un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos... (transcribiéndonos su contenido)...; así como también en el mismo sentido apuntaba el art. 1199 de la propuesta de anteproyecto de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborado por la Comisión General de Codificación (a cuyo tenor “[C]ualquiera 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”).

En esta misma sentencia, y para resolver la cuestión relativa a los efectos de esa resolución, se nos enseña que el art. 1124 CC, a salvo la referencia a la indemnización, no regula los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, pero que, ante ese silencio, la doctrina jurisprudencial aplicaba el principio de la restitución (por analogía con las previsiones restitutorias de las acciones rescisorias y de nulidad de los contratos), compatible con las indemnizatorias, y ello, por regla general, con efectos retroactivos, salvo que, como en el caso de autos, se trata de un contrato de tracto continuo, en el que hay situaciones anteriores ya agotadas a satisfacción de ambas partes y, por tanto irreversibles, en que la solución debe ser que la resolución opere para el futuro, y no para el pasado.

Esta es la solución que nos dice la sentencia que se da en el ordenamiento italiano (art. 1458 Codice c.) y en el portugués (art. 434.2 CC português).

Y también que a esta misma solución apuntan el art. 9:305 (1) PECL y el art. 1204 PMCCOC, cuyos textos considera que “tienen un valor doctrinal innegable”.

xvi) STS 5 de septiembre de 2012 (ROJ STS 6730/2012) – artículos 8:013 y 9:301 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

En interpretación del art. 1124 CC acude esta sentencia también los arts. 9:301 (1) y 8:103 PECL, así como al art. 1199 PMCCOC, según los argumentos ya expuestos en la jurisprudencia, mencionando como entre las más recientes la Sentencia 305/2012, de 16 de mayo, y las que en la misma se citan.

No se da lugar a la resolución del contrato porque la obligación incumplida se considera accesoria. La obligación en cuestión consistía en que los vendedores de unas acciones y participaciones sociales debían entregar unos avales determinados a los compradores en garantía de que no incumplirían el pacto de no concurrencia en la actividad de la empresa titular de esas participaciones.

Los tribunales no consideraron esencial este incumplimiento –el de entrega de los avales por los vendedores–, porque no frustraba la pretensión de los compradores, lo que se ratificaba en el hecho de que tal entrega, aunque pactada, no había sido exigida en ningún momento, pues debía haberse cumplido a la firma del contrato y, sin embargo, los compradores pagaron y dieron instrumentos de pago sin exigir dicha entrega, por lo que –según el tribunal– esta actuación de la propia compradora demandante pone de relieve que la obligación era accesoria, no esencial, por lo que no procedía la resolución del contrato, resolución que exige el incumplimiento de una obligación esencial en los términos descritos en la doctrina jurisprudencial ya referida.

**xvii) STS 31 de enero de 2013 (ROJ STS 1135/2013) –
artículos 8:013 PECL – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

El debate al que se enfrenta esta sentencia tiene una relevancia interesante en estos tiempos en que, por razón de la crisis en general y de la inmobiliaria en particular, son muchos los contratos de compraventa de viviendas en construcción que se hallaban concertados mediante la fijación de un precio determinado en razón a las circunstancias anteriores a la crisis, al que se había adelantado un importe a cuenta, y que llegado el término de la entrega de la vivienda, si lo era con retraso, interesaba más al comprador pedir por ese incumplimiento la resolución del contrato, con devolución del precio, que reclamar su cumplimiento, cuando el precio ya en ese momento había disminuido en muchos casos por debajo del 40%, por lo que –como razona esta sentencia, aunque después entenderá el retraso en cuestión relevante y resolutorio–,

“[e]l leve retardo en la entrega de la cosa vendida, cuando el momento no ha sido previsto como esencial ni como causa convencional de resolución del contrato, no es apto por sí solo para tener por frustrada la finalidad perseguida por el comprador, y, consecuentemente, no es apto para sustentar la resolución”

Y esta consideración la refuerza el Tribunal acudiendo al criterio también en el mismo sentido ya reconocido y seguido por la STS 440/2012, de 28 de junio, de que “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”.

Más allá va el Tribunal, incluso, cuando señala que la resolución del contrato es un remedio que debe ser tenido como excepcional, frente al principio de conservación del negocio jurídico, y de ahí que la jurisprudencia no solamente haya exigido que quien reclama la resolución haya él mismo cumplido sus obligaciones, sino, además,

“[q]ue se aprecie en el acreedor que insta la resolución un “interés jurídicamente atendible”, expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario de buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio”.

En muchos, por no decir que quizás la inmensa mayoría de estos casos en que se ha reclamado la resolución de la compraventa por el comprador en razón al retraso en la entrega de la vivienda, lo que realmente se ha perseguido por el comprador

ha sido –o es todavía ahora- no continuar con el contrato, porque el precio aplazado y pendiente de pago superaba el precio del mercado ya caído, incluso ya dentro del propio plazo de la entrega.

Lo que esto revelaría es que, de no ser por la caída de precios consecuente a la crisis inmobiliaria, el retardo en la entrega no habría afectado realmente al interés del acreedor en términos sustanciales y no habría de considerarse, por tanto, incumplimiento esencial resolutorio, sino que, en el caso de reclamarse esta resolución por un incumplimiento en el plazo de entrega, se estaría más bien encubriendo la verdadera razón: que incluso sería preferible para el comprador apartarse del contrato y perder la señal entregada, y convenir un nuevo contrato para la misma vivienda al precio establecido por la caída del mercado.

Por tanto, la solución a esta problemática no vendría dada por la vía de la consideración de un incumplimiento de una obligación esencial del contrato (el retardo en la entrega o en el pago del precio), sino por la vía de considerar una alteración de las circunstancias del contrato de relevancia moderadora del mismo, o aplicación de la vieja cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, volviendo a la sentencia que estudiamos en este apartado, los hechos realmente acaecidos quizás no alcancen a considerar un retraso en el plazo de entrega de las viviendas que fuera previsto en el contrato como esencial, ni como expresamente previsto de carácter resolutorio (condición resolutoria), o que haya frustrado realmente la finalidad perseguida por el comprador, y, por ello, no habría sido apto para dar lugar a la resolución del contrato, como así lo considera la sentencia del Juzgado de primera instancia (el número 35 de Barcelona), al entender que el plazo no era determinante, que la demora era de pocos meses, que solo había defectos de acabado...; pero, lo cierto es que, aunque la sentencia de primera instancia no da lugar a la resolución, en cambio, la de la Audiencia Provincial, razona que el incumplimiento por la vendedora del plazo de entrega de las viviendas tenía en este caso relevancia resolutoria, lo que el Tribunal Supremo mantiene porque –dice- la sentencia recurrida (la de la Audiencia Provincial) no se basa en el incumplimiento leve del plazo de entrega previsto, sino en que,

“la obra no se había terminado “en un plazo posterior razonable”, lo que supone el incumplimiento del vendedor de una obligación esencial suficientemente grave como para frustrar la finalidad perseguida por la compradora”.

No nos da demasiados detalles el Tribunal Supremo respecto de las circunstancias que concurren en el caso de autos para que ese retardo en la entrega de la cosa vendida, que por sí sólo considera no apto para tener por frustrada la finalidad perseguida por el comprador, sin embargo sí lo sea, acudiendo más bien para su razonamiento a que así ha sido considerado por la Audiencia Provincial (segunda instancia), y, en casación, aunque la trascendencia resolutoria de los hechos probados sea un concepto jurídico que, como tal, sea revisable en casación, por

cuanto se trata de comprobar la trascendencia o significación jurídica de los actos que constituyen su presupuesto, sin embargo, su valoración, en la medida que comporta un juicio de valor del hecho, debe respetarse en casación (salvo que se demuestre su carácter manifiestamente erróneo, ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas de la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva²²⁰).

En consecuencia, para comprender la valoración del significado y trascendencia del retardo en la entrega de las dos viviendas al comprador, debemos acudir a la sentencia recurrida, que es la Sentencia de la AP Barcelona de 12 de abril de 2012 (ROJ SAP B 4298/2012), a la que acude el comprador impugnando la sentencia del Juzgado y alega: (i) que no consta licencia de primera ocupación y que conservó el contrato hasta abril de 2008; y (ii) añade que la compraventa era mercantil, en la que no hay plazos de gracia, según arts. 61 a 63 CCo., alegación ésta que no solo niega la parte contraria, sino que se trata de una nueva alegación en la alzada, por lo que se rechaza por la Audiencia Provincial, pero que ponemos de relieve para colegir que el límite del plazo en la entrega no parecía estar puesto en el contrato como necesario o esencial por tener que dar residencia a su comprador de inmediato, junto con la otra observación de que fuera el mismo comprador el que compraba dos viviendas en el mismo edificio, lo que añadido a su propia alegación de dar carácter mercantil al contrato nos reforzaría la idea de que en el contrato, al menos, no se establecía ese límite del 30 de septiembre de 2007 como fecha necesaria y esencial cuya infracción frustrara la finalidad perseguida por el comprador.

La Audiencia Provincial realiza un nuevo estudio de las actuaciones y encuentra un error en la valoración de los hechos en la sentencia de instancia, lo que concluye porque: (i) en los contratos reconoce que no se establece una fecha cierta de entrega, pero sí una fecha de finalización de la construcción; (ii) que en este incumplimiento concuerdan ambas partes y aunque pudiera ser tolerable un margen de retraso, la carga de la prueba de su justificación habría correspondido al incumplidor; (iii) que hay actas notariales y fotografías no negadas de contrario que muestran que los pisos no estaban acabados (parket, zócalos, luces, acabados), sin que suponga acabar la obra el que el contratista certifique a 11.12.2007 haber hecho el 100% de los pavimentos, porque, como lo prueba la contratación de un tercero, y no niega la vendedora, el parket se colocó defectuosamente; (iv) las actas notariales acreditaban también que aún había electricidad de obra, con un cable por el medio del vestíbulo y no niega la

²²⁰ SSTs de 20 de marzo de 2009, recurso 128/2004; 1 de octubre de 2010, recurso 2273/2006; 8 de noviembre de 2010, recurso 1673/2006; 11 noviembre de 2010, recurso 1485/2006; 17 diciembre de 2010, recurso 910/2006; 14 de febrero de 2011, recurso 529/2006; 11 de julio de 2011, recurso 584/2008; 30 de septiembre de 2011, recurso 1290/2008; 7 de marzo de 2012, recurso 502/2009; 23 de marzo de 2012, recurso 545/2009, 26 de marzo de 2012, recurso 146/1009; 1 de abril de 2014, recurso 475/2012..., entre otras.

vendedora que el 19.05.2008 todavía estuviera pendiente de poner en marcha el ascensor y uno de los locales inacabado; (v) el Ayuntamiento había elaborado el 8.02.2008 un informe negativo al otorgamiento de la licencia de primera ocupación en el que recoge que la finca aún tenía la acometida eléctrica de la obra, faltaba repasar el pavimento de las aceras, acabar las obras del local de los bajos y la puerta antifuego del contador, así como faltaba justificar la altura del altillo, los extintores, las luces de los techos, acabar las instalaciones de telecomunicaciones y justificar el nivel de contaminación acústica.

Con estas valoraciones concluye la Audiencia Provincial que a la vendedora le es exigible la licencia de primera ocupación, no bastando la cédula de habitabilidad, porque es aquélla la que garantiza la adecuación de la obra al proyecto y a la legalidad urbanística, y, en consecuencia, mientras tanto no podía requerir la vendedora a la compradora para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y pago del precio aplazado.

Al ser esta la valoración de la prueba realizada por la sentencia de apelación y ser también la tenida en cuenta por el Tribunal Supremo, ya que el recurrente en casación no puede en este recurso desvirtuarla por no ser la casación una tercera instancia, y al haber dado lugar también el Tribunal Supremo a su consideración de prueba acreditativa de la relevancia resolutoria de este incumplimiento de la vendedora, en este caso, en el retraso en la entrega de las dos viviendas al vendedor, somos más bien del criterio de no encontrar acertada la interpretación del carácter resolutorio a los defectos advertidos del retraso, por varias razones.

En primer lugar, si cierto es que la falta de licencia de primera ocupación en la fecha pactada para la entrega de una vivienda puede ser relevante a los efectos de atribuir para el vendedor un incumplimiento esencial y resolutorio, esto será cuando esta falta prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar de la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, pero la falta del cumplimiento de esta obligación “sólo se valorará como esencial si se hubiera pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, “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 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 en el patrimonio del adquirente”, correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado” (STS de 1 de abril de 2014, ROJ STS 1239/2014).

Por tanto, al no haber sido expresamente pactada en el contrato esta obligación como esencial, habrá de considerarse si los reparos opuestos por el Ayuntamiento

a su otorgamiento y causantes de su retraso obedecen a esos motivos relacionados con una imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado, o bien otras deficiencias subsanables, y resulta que la propia relación de hechos probados tiene en cuenta que los reparos del informe del Ayuntamiento son el tener el inmueble todavía la acometida eléctrica de la obra, el que faltaba “reparar” el pavimento de las aceras, el acabar unas obras del local de los bajos del edificio, el colocar la puerta antifuego del contador, el “justificar” la altura del altillo, los extintores, las luces de los techos, el “acabar” las instalaciones de telecomunicaciones y el “justificar” el nivel de contaminación acústica..., todo lo que, a nuestro juicio lógico y razonable, no podría considerarse que pudiera llevar a la conclusión de que resultaría imposible dar al inmueble el uso adecuado.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta también que, desde la anulación del art. 242.2 TRLS por la STC 61/1997, de 20 de marzo (BOE 99 de 25 de abril de 1997, pp. 3 a 126), la sujeción a la licencia de primera ocupación, y su regulación, es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre urbanismo y vivienda (art. 148.1.3º CE), por lo que, en el caso de autos, que se trata de un edificio cuya construcción ha tenido lugar en Barcelona, su regulación se ha de buscar en la Ley de urbanismo de Cataluña, actualmente en el art. 187.5 TRLU (que somete al régimen de comunicación previa al Ayuntamiento la primera utilización y ocupación de los edificios y construcciones), hasta el 9 de abril de 2008, el art. 12 de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda, y a partir de entonces la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de Derecho a la vivienda, que como señala su Exposición de Motivos “abre la posibilidad de evitar la duplicidad que ha existido... entre la cédula de habitabilidad y la licencia de primera ocupación, que ha obligado a los particulares a un absurdo peregrinaje entre administraciones para cumplir todos los requisitos antes de poder ocupar una vivienda”, disponiendo que los Ayuntamientos pueden establecer que la licencia de primera ocupación lleve implícito el otorgamiento de la cédula de habitabilidad.

Y el art. 132.a) de esta última ley citada –la Ley 18/2007–, dispone como requisito para transmitir o ceder el uso de viviendas, que los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de transmisión o cesión del uso de viviendas, deben exigir, especialmente, que la vivienda goce de cédula de habitabilidad vigente..., y, en los casos de municipios acogidos a lo dispuesto en el art. 26.5 (que tengan delegada la competencia para el otorgamiento de las cédulas de habitabilidad), de la licencia de primera ocupación..., documento que debe entregarse a los adquirentes.

En cuanto a las demás deficiencias de la edificación impeditivas de su terminación dentro del plazo previsto en el contrato (colocación deficiente del parquet, no acabados de los zócalos, de las luces, del ascensor, o del acabado de uno de los bajos del local...), porque no olvidemos que lo convenido era la terminación de la obra dentro de ese plazo, no la de entrega de las viviendas, tampoco parece que

supusiera en el caso de autos un incumplimiento de entidad resolutoria porque frustrase la finalidad perseguida por el comprador, porque si carga de la prueba para el vendedor es justificar el retraso, al comprador le competiría el acreditar que el retardo en la terminación le ha supuesto la frustración de la finalidad que perseguía con el contrato, que tampoco olvidemos que se trataba de sendos contratos de una vivienda cada contrato, a los que había incluso pretendido darles el propio comprador el carácter mercantil, con lo que no parece que el plazo le fuera preclusivo para su utilización como vivienda permanente, sino más bien para inversión.

Por tanto, a nuestro entender, no encaja que el Tribunal Supremo considere en este caso el retraso como un incumplimiento esencial de la obligación, y por ello resolutorio de sendos contratos de compraventa, cuando, como así hace, en primer lugar toma como base de su argumentación el criterio jurisprudencial de que el simple retraso en la entrega de la cosa vendida no es apto por sí solo para frustrar la finalidad perseguida por el comprador, si no ha sido pactado como esencial o como condición resolutoria expresa, y, en segundo lugar, también razona que,

“[p]ara que pueda entrar en juego la facultad de resolución unilateral de los contratos generadores de obligaciones recíprocas a iniciativa de quien no incumplió o incumplió justificadamente, no es suficiente el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias... (que) [S]e exige el incumplimiento esencial, la frustración de la finalidad del contrato, lo que se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas..., el art. 89:301 (1) de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual “[u]na parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte” siendo esencial –a tenor del artículo 8:103, b)- “[c]uando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado”; y el art. 1199 de la propuesta de anteproyecto de la ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, según el cual “[c]ualquiera 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” (en este sentido, entre las más recientes, sentencias 305/2012, de 16 de mayo, y 526/2012, de 5 de septiembre)”

xviii) STS 11 de febrero de 2013 (ROJ STS 343/2013) -

Ponente: José Antonio Seijas Quintana

En un caso de responsabilidad extracontractual, y en relación a la interpretación del art. 1106 CC, aparece la regla del art. 9:501 (2) PECL al citar y transcribir la

sentencia en su FD 2 la STS de 16 de diciembre de 2009 –en este capítulo antes analizada- para argumentar, respecto del lucro cesante, que,

“[d]ebe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (artículo 9:501 [2] PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante”.

Y así era que, en el caso examinado por esta sentencia, se trataba de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios, y en concreto la relativa al lucro cesante, que, como consecuencia de un accidente de circulación, había sufrido el transportista del camión siniestrado, por la consecuente paralización de la actividad derivada del siniestro total, que no le era imputable.

El Tribunal Supremo considera que deben presumirse los perjuicios económicos que el siniestro total del camión comporta ante la merma de ingresos por la falta de productividad, en tanto que con la paralización se interrumpe la posibilidad que tiene el transportista de usar el camión siniestrado o de buscar soluciones alternativas hasta un tiempo prudencial en que pudo volver a usarlo, bien nuevo, bien arreglado, si esto hubiera sido posible.

Por tanto, entiende acreditado el daño por el lucro cesante, aunque respecto a la cuantificación desatiende cargar sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar con base en un certificado de paralización emitido por una determinada asociación, lo que sirve de título meramente indicativo y principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero no por los dos años certificados, sino por un periodo de tres meses que el Tribunal considera “en que razonablemente se pudo adoptar alguna solución relacionada con la reanudación de la actividad de transporte”.

Interesa también destacar que el Tribunal reconoce que para concretar el importe del perjuicio pudo el transportista demandante aportar elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos/gastos, o de perjuicios concretos, que justificaran la cuantía de su pretensión “mas ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo”.

**xix) STS 26 de febrero de 2013 (ROJ STS 3114/2013) –
artículos 8:013 (b); 9:301 (1); 9:304 y 9:505 (1) PECL –
Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

Los hechos tenidos en cuenta por el Tribunal y valorados como incumplimiento resolutorio del contrato pueden sintetizarse de la siguiente manera: una mercantil promotora (vendedora) suscribe con otra mercantil (compradora) en fecha 24 de marzo de 2007 un contrato de compraventa de dos viviendas a construir y que debían ser entregadas el 31.09.2009, por un precio determinado y a pagar también de una forma determinada.

Los incumplimientos que la compradora imputa a la vendedora como causa de la resolución del contrato que reclama ante los tribunales son fundamentalmente dos: (i) el no haberle entregado los avales correspondientes a las cantidades de dinero entregadas a cuenta del precio de la compraventa, no obstante y habérselo requerido por burofax el 28.04.2008; y (ii) que, declarada en concurso la promotora el 13.06.2008, formula demanda el 1.02.2009, y aunque antes de que concluyera el plazo de entrega señalado para el 31.09.2009, tan solo había realizado la construcción de algo más del 1% de la edificación.

La promotora opone a la demanda que el incumplimiento en la entrega de avales contra las entregas parciales de dinero a cuenta del precio de la vivienda, no tenía carácter resolutorio y que en el momento de presentar la demanda no había llegado todavía el plazo de entrega de las viviendas, por lo que pedía la desestimación de la demanda de resolución contractual; y, con carácter subsidiario, la consideración de concursal del crédito.

Tanto la sentencia del Juzgado como la sentencia de la Audiencia Provincial coinciden en considerar la concurrencia de los dos incumplimientos resolutorios denunciados en la demanda.

Y el Tribunal Supremo desestima los motivos de la casación con los siguientes argumentos:

En cuanto al incumplimiento resolutorio invoca el art. 1124 CC (que faculta resolver las obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, en las obligaciones recíprocas) y razona que en el mismo sentido también se pronuncian otros ordenamientos de nuestro entorno (y cita el art. 1453 Codice c.; y el art. 1184 CC francés)

“No obstante, para que el incumplimiento provoque tan drásticas consecuencias ha de tener suficiente entidad como para frustrar la finalidad perseguida por los contratantes...”

Exigencia que prosigue diciendo que “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en el art. 49 CISG...”, que también a esta consideración “apuntan... aunque no constituyan Derecho positivo, el art. 9:301 (1) de los PECL...” (que posibilita a una de las partes poder resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra)... “... siendo esencial –a tenor del artículo 8:103, b)- [c]uando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato...; y el artículo 1199 PMCCOC...”; y cita las SSTS 1000/2008, de 30 de octubre, 305/2012, de 16 de mayo y 526/2012, de 5 de septiembre).

En cuanto al incumplimiento resolutorio previsible, argumenta que en el caso de que las obligaciones recíprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla general –y como es lógico y razonable- no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado; pero en ocasiones, y una es cuando se evidencia de manera segura y objetiva que el obligado va a incurrir en ese retardo incumplidor obligación (bien porque no quiere, y así lo declara, o bien, como es el supuesto de autos, porque en base a razones cronológicas se evidencia que la promotora no podía acabar la obra, ya paralizada -con solo un 1% de la construcción realizada-, y en concurso), no es preciso esperar a que llegue el término del cumplimiento para instar la resolución y mantener mientras tanto inútilmente la vigencia del contrato, con los posibles costes que de toda índole mantener su vigencia pudiera acarrear para ambas partes.

Y a este criterio jurisprudencial la propia sentencia nos dice que apuntan tanto el art. 49 CISG, como el segundo párrafo del art. 1200 PMCCOC y el art. 9:304 PECL; e incluso una pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento futuro del deudor se ajustaría a las reglas de la buena fe y permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes, como de hecho el art. 1211 PMCCOC tiene previsto regular que “[n]o responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe...”; y como también contempla la regla del art. 9:505 (1) PECL (“... la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables”).

Para completar los puntos en debate, en cuanto al incumplimiento recíproco y la interferencia en la otra parte, nos señala la sentencia que del art. 1124 CC se infiere, y así se ha interpretado, que ninguna de las partes puede instar la resolución al amparo de este precepto cuando ambas han incumplido. Este precepto faculta al perjudicado para instar la resolución del contrato cuando “uno de los obligados” no cumpliera lo que le incumbe, lo que se ha de entender que el otro u otros han debido de cumplir; si no es así, que tampoco ha cumplido la otra parte, para poder instar la resolución debe tratarse de un incumplimiento justificado por el incumplimiento de la otra parte; y en este sentido nos recuerda

que se entiende por la jurisprudencia (con cita de las SSTS 405/2012, de 3 de julio, y 727/2012, de 29 noviembre) y que concuerda con la regla del art. 7.1.2 de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (“una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”).

Con los argumentos de esta exposición, resuelve la sentencia el recurso, desestimándolo, ya que viene acreditado de la sentencia de apelación la existencia de dos incumplimientos sucesivos que deben calificarse de resolutorios: el primero, la falta de entrega del aval contra la entrega de las cantidades de dinero a cuenta del precio, porque así se había pactado; y, el segundo, la paralización de la obra con tan sólo construido algo más del 1% y consiguiente imposibilidad de entrega de la vivienda al tiempo convenido, máxime con la declaración de concurso de la promotora-vendedora, lo que frustra irremediablemente el fin del contrato, siendo irrelevante que se instara la resolución antes del plazo de entrega, porque se hacía ya imposible esperar el cumplimiento en esas circunstancias, y también irrelevante que quien reclama hubiera dejado de pagar las cuotas convenidas, ante el previo incumplimiento de la vendedora en su obligación de avalarlas en garantía de su devolución.

xx) STS 12 de marzo de 2013 (ROJ STS 1146/2013) - artículo 8:013 PECL – Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Los hechos declarados probados que sirven para la resolución del litigio resultan de un convenio por el que una mercantil –SLv- vende a otra –SLc- una determinada cantidad de acciones y da opción durante dos años para la compra de otra cantidad de acciones, por un determinado precio, en el que establecen también (i) el compromiso de modificar la composición del órgano de administración para que la compradora pudiera designar 2 de los 4 administradores; (ii) que durante el plazo de la opción de compra y mientras no se ejercitara por la compradora, las acciones objeto de la venta quedarían sindicadas para posibilitar el ejercicio de los derechos políticos derivados de su titularidad; (iii) que la compradora, además del precio de la compraventa, aportaría a fondos de la vendedora pagarés por un importe determinado con vencimientos aplazados.

La mercantil compradora reclama la resolución del convenio por incumplimiento de la vendedora, que denuncia por (i) no transmisión de la titularidad de las acciones, y (ii) por no facilitar la posibilidad de participar en la administración de la empresa.

El Juzgado de instancia desestima la reclamación de resolución del convenio porque el incumplimiento de la vendedora vino precedido por el incumplimiento

de la compradora, al resultar impagados la mayor parte de los pagarés que se había comprometido a aportar a los fondos de la vendedora.

La Audiencia Provincial de Bilbao, en cambio, estima en parte el recurso al considerar que, al haber ambas partes incumplido de forma esencial el contrato, éste quedaba en “papel mojado”, por lo que era lógico proceder a su resolución y remitir a las partes al procedimiento correspondiente para concretar las restituciones y dirimir sus diferencias en cuanto a la liquidación de sus prestaciones.

O lo que es lo mismo: la Audiencia Provincial consideró que el incumplimiento por ambas partes del convenio, aunque la vendedora no hubiera reconvenido también con la resolución ante el incumplimiento de la compradora, sin embargo se denotaba la voluntad recíproca de desistimiento –lo que no verá después igual el Tribunal Supremo-, y por ello decretaba su resolución.

En el recurso de casación que interpone la vendedora denuncia infracción del art. 1124 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, con base en dos argumentos: (i) el primero, que la facultad de resolución del art. 1124 CC se da al cumplidor de sus obligaciones, en un convenio de obligaciones recíprocas, lo que excluye la situación de recíproca inobservancia y la situación de un incumplimiento motivado por el del contrincante; y (ii) el segundo, porque la extinción del convenio por voluntad concorde no encaja en el supuesto del art. 1124 CC.

El Tribunal Supremo estima el recurso y para ello razona como base de su argumentación en que la compraventa de participaciones sociales, como contrato bilateral y sinalagmático, es susceptible de resolución por incumplimiento contractual al amparo del art. 1124 CC, incumplimiento que según la jurisprudencia debe referirse a “una obligación principal, y que sea grave, en la medida en que frustre la finalidad del contrato”

Para justificar este criterio de doctrina jurisprudencial, nos expone que, como recuerda la STS 532/2012, de 30 de julio, con cita de otras anteriores –STS 1000/2008, de 30 de octubre, y 305/2012, de 16 de mayo-, “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la CISG... art. 25... art. 49...” Y que “[E]n un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103 PECL...”; y “[T]ambién en este sentido apunta el art. 1199 PMCCOC...”

Pero esta facultad del art. 1124 CC ante un incumplimiento resolutorio “corresponde, en todo caso, al contratante que sufre el incumplimiento de la obligación frente al contratante incumplidor”, porque viene previsto como “medio de defensa de la parte contractual que cumple”.

Y por ello, “a la parte que previamente ha incumplido las obligaciones asumidas en el contrato, le está vedado el ejercicio de la facultad resolutoria”.

Sin embargo, en supuestos como el de autos, en que el incumplimiento es recíproco, la jurisprudencia, como nos recuerda la STS 787/2012, de 19 de diciembre, considera que es “necesario determinar quién, por tener que cumplir primero, dejó de hacerlo antes y justificó, por razones funcionales del vínculo, la infracción contractual de la otra parte de la relación jurídica...”, porque siendo cierto que no se le reconoce la facultad resolutoria del art. 1124 CC al contratante incumplidor, sino al cumplidor frente al incumplidor, también lo es que se le reconoce cuando su incumplimiento “hubiera venido provocado por el anterior de la otra parte de la relación (STS de 20 de junio de 1990 y 27 de diciembre de 1995)”.

Por ello, en estos casos, debe llevarse a cabo una valoración comparativa de ambos incumplimientos, no solo atendiendo al criterio de prioridad cronológica, sino también de causalidad y de proporcionalidad.

Y en el caso de autos, al tener que partir de los hechos declarados probados en las instancias inferiores, acude el Tribunal Supremo a lo declarado por el Juzgado: que el incumplimiento denunciado en la demanda por la compradora para justificar la resolución del contrato “vino precedido o, al menos condicionado, por el previo incumplimiento de la propia demandante, por cuanto la mayor parte de los pagarés librados por ella no fueron pagados a su vencimiento...”. Incumplimiento que, además, valora que incide en mayor medida sobre el equilibrio sinalagmático, por lo que tendría también entidad esencial y resolutoria.

Y, bajo estas argumentaciones y premisas, considera el Tribunal Supremo que, en efecto, como razona el Juzgado, la demandante carecía de legitimación para fundar la resolución del contrato en el incumplimiento de la vendedora.

Y en esto son coincidentes ambas instancias inferiores; pero la Audiencia Provincial da un paso más, que el Tribunal Supremo considera desacertado, al considerar que, aunque la demandada no hubiera formulado reconvencción pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento de la demandante, ante sendos incumplimientos recíprocos debía procederse a la resolución del convenio (“papel mojado”).

El Tribunal Supremo considera que la demandada solamente excepcionó la falta de legitimación de la demandada (compradora) para exigir la resolución del contrato, por estar incurso en incumplimiento de las obligaciones esenciales que le competían (al resultar impagados los pagarés que debían realizarse para la aportación a los fondos sociales convenida), pero de esta postura procesal no podía colegirse una voluntad recíproca de desistimiento del contrato, por lo que no cabía, como sí hizo la Audiencia, declarar resuelto el contrato, presuponiendo la voluntad resolutoria de ambas partes y la frustración de la finalidad económica del contrato.

xxi) STS 26 de abril de 2013 (ROJ STS 2247/2013) – artículos 8:013 (citada solo por el recurrente en su motivo de casación) – Ponente: Xavier O’Callghan Muñoz

En esta sentencia no se utiliza por el Tribunal Supremo el texto de los PECL, sino por el propio recurrente al exponer su motivo del recurso de casación y fundarlo en la infracción del art. 1124 CC, “en relación con el art. 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) y doctrina jurisprudencial, frente a lo que el Tribunal se adelanta a precisar “que los principios del Derecho europeo no son normativa vigente y no pueden motivar un recurso de casación, por más que sean ilustrativos”.

Resulta interesante, por tanto, este pronunciamiento del Tribunal precisando la naturaleza jurídica de los PECL, que, como no podía ser de otra manera, no son normas jurídicas vigentes en nuestro Derecho, ni en ningún otro, y por ello tampoco fuente del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CC). Pero admite su importancia “ilustrativa” para la interpretación por la jurisprudencia de las normas de nuestro ordenamiento.

En todo caso, el supuesto de hecho y la norma jurídica en discusión, también resultan interesantes y vienen al caso del capítulo en estudio, por cuanto que se trata de un retraso en la entrega de la vivienda, convenida en un contrato de compraventa de vivienda en construcción, en el que también se convenía como estipulación, y no como mera gestión o de actividad, sino de resultado, el que la parte compradora se subrogaría en el préstamo del que, con garantía hipotecaria que gravaba la vivienda, respondía la vendedora-promotora.

La demanda la presenta la compradora pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora en su obligación de entrega de la vivienda dentro del plazo pactado y por falta de subrogación en el préstamo hipotecario que se le había ofrecido; y, además, interesaba la devolución de lo pagado a cuenta del precio. La demandada se oponía a la resolución y formulaba reconvencción para exigir el cumplimiento del contrato.

Ambas instancias inferiores desestiman la demanda y estiman parcialmente la reconvencción; en su recurso de casación se encarga bien la compradora de plantear la relación entre el retraso en el plazo de entrega (previsto para 2007 y que se produjo el 2008) y la negativa de la entidad bancaria a la subrogación del préstamo hipotecario, por razón de la crisis económica que se produjo precisamente en ese lapso de tiempo, a partir de 2008, como hecho notorio, subrogación que estaba expresamente prevista en el contrato.

El Tribunal Supremo acepta este argumento del recurrente, de que el plazo en este caso fue esencial, por cuanto su retraso produjo el aplazar la entrega al momento

en que ya había dado comienzo la crisis económica que hizo impedir la aceptación bancaria de la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario (subrogación que ya hemos adelantado no era obligación de gestión, sino de resultado). Y, en consecuencia, el Tribunal (FD 4) estima este motivo del recurso por la infracción alegada del art. 1124 CC, que como se ha reiterado faculta a quien incumple ejercitar la resolución del contrato en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

Y también se estima la procedencia de la resolución (FD 3) aceptando la argumentación expuesta del recurrente, con base “en el hecho del contrato, en la doctrina de la base del negocio jurídico y en la jurisprudencia”. Dice el Tribunal que “[N]o se cumplió ni el plazo ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones, pueden parecer que no da lugar a la resolución del contrato, como han entendido las sentencias de instancia. Pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que demanda su resolución.”

Y ante estas circunstancias, considera el Tribunal que procede la resolución del contrato, “aplicando la doctrina de la base del negocio a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula rebus sic stantibus, las SSTS de 14 diciembre 1940, 14 junio 1943, 30 junio 1948, 12 junio 1956, 23 noviembre 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto “afectando a la base del negocio”.

xxii) STS 9 de julio de 2013 (ROJ STS 3878/2013) - artículos 9:304, 9:505 (1) PECL - Ponente: Sebastián Sastre Papiol

Como la propia sentencia expone como cuestiones previas, la controversia es prácticamente idéntica a la que ya había sido resuelta por la STS 69/2013, de 26²²¹ de febrero, en el recurso de casación 2132/2010, y que también hemos estudiado nosotros anteriormente. También se trataba de una pretensión de los compradores de resolución del contrato de compraventa de unas viviendas de la misma promoción de la demandada, así como reclamación de lo entregado a cuenta como crédito contra la masa para su reembolso (al reclamarse contra la promotora en concurso y considerarse la resolución producida constante el concurso).

La oposición de la misma demandada era también idéntica a la planteada en aquella ocasión, así como el motivo del recurso de casación: infracción del art. 1124 CC, por su indebida aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial.

²²¹ En el texto de esta sentencia se dice STS de 25 de febrero de 2013, pero la sentencia no es del 26, sino del 26.

Por tanto, la Sala del Tribunal Supremo ya adelanta que para la resolución de este recurso va a tener en cuenta los razonamientos jurídicos de la STS 69/2013, de 26 de febrero, atendiendo a esa identidad de supuestos e invocando el principio de igualdad –para lo que cita la STC 23/1981, de 10 de julio, (RTC 1981/23)-, que impone “que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales”, pues se trata de la misma empresa demandada, de la misma obra o promoción en que se ubican las viviendas objeto de los contratos de compraventa, por lo que el incumplimiento –dice- “debe ser común para todos los compradores de viviendas sitas en el mismo edificio y, por supuesto, para el vendedor-demandado en situación concursal”.

Nosotros también nos remitimos al análisis que de la misma STS 69/2013, de 26 de febrero, hemos expuesto anteriormente, por cuanto que ésta no hace más que hacer propio el argumento jurídico de aquélla, así como la misma doctrina jurisprudencial que invoca los arts. 9:304 y 9:505 PECL..

**xxiii) STS 18 de julio de 2013 (ROJ STS 4245/2013) –
artículos 8:103, 9:304 y 9:505 PECL- Ponente: Rafael Saraza
Jimena**

La problemática de que trata esta sentencia es la relativa a la consideración del retraso en la entrega como simple mora o, en algunos casos, como incumplimiento resolutorio, y al incumplimiento previsible o anticipado (en terminología que la sentencia dice es anglosajona –anticipatory non-performance- y utilizada en los textos de los “movimientos unificadores del Derecho”).

En el supuesto de hecho en cuestión nos encontramos con las siguientes circunstancias relevantes y a tener en cuenta: se trata de unos contratos de compraventa de apartamentos turísticos que se suscriben en septiembre de 2005, obligándose la promotora-vendedora a terminar la obra en el plazo máximo de 24 meses a contar desde su inicio, que tiene lugar por acta de replanteo de enero de 2006 (por lo que la Audiencia considera plazo de terminación de la obra en enero de 2008), después que por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento se otorgara en mayo de 2005 la licencia de obras de construcción del complejo turístico. Sin embargo, la licencia de obras fue objeto de recurso contencioso-administrativo en el que se dictó sentencia por el Juzgado en octubre de 2006 declarándola nula, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de marzo de 2008, al desestimar el recurso de apelación contra aquélla, y el motivo de la nulidad de la licencia venía dado por contemplar el proyecto un aprovechamiento de 22.500 m², cuando el autorizado por el ordenamiento urbanístico era de 14.500 m². Tras dictarse la sentencia del Juzgado, el Ayuntamiento decreta la suspensión inmediata de las obras; y después de dictarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y a petición de la promotora, se aprueba por el Ayuntamiento nueva

resolución en septiembre de 2007 por la que se acuerda la aprobación de la adaptación del nuevo proyecto de construcción del complejo a las consideraciones de las resoluciones judiciales, reduciendo la edificabilidad a la permitida por el planeamiento urbanístico.

La obra estuvo paralizada desde octubre de 2006 a enero 2008 y se finaliza en julio de 2009; y en abril de 2007 los compradores requirieron a la promotora para que tuviera por resueltos los contratos de compraventa que habían concertado y procediera a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, lo que la promotora-vendedora no aceptó, por lo que deducen los compradores la correspondiente demanda judicial interesando sus pretensiones ya anunciadas.

El Juzgado de primera instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial la estima sustancialmente al considerar la concurrencia de un auténtico incumplimiento contractual por la promotora-vendedora, pues tiene en cuenta que cuando los demandantes realizan los requerimientos resolutorios (abril 2007) la obra se encontraba paralizada; se reanuda en enero de 2008 y finalizó en julio de 2009; y si bien cuando se hacen los requerimientos resolutorios no había finalizado el plazo, sin embargo lo hacían los compradores en un momento en que con absoluta seguridad la obra no podría estar terminada en la fecha prevista, existiendo incluso una seria posibilidad de que la construcción no pudiera finalmente ejecutarse, pues la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo había declarado la nulidad de la licencia y las obras habían sido suspendidas sin plazo por la Administración municipal. Considera la Audiencia Provincial que, en estas circunstancias, negar a los adquirentes la facultad de resolución de los contratos “supondría admitir la vinculación indefinida de aquéllos a un contrato respecto del que han cumplido regularmente sus obligaciones, pero del que no se tiene certeza alguna tanto del plazo de terminación de las obras, como de que finalmente pueda ser cumplido por la vendedora”, siendo la suspensión, además, motivada por una causa plenamente imputable a la promotora, porque el proyecto presentado incumplía de manera palmaria el máximo de edificabilidad autorizado por el planeamiento.

La promotora-vendedora insiste en el recurso de casación en infracción del art. 1124 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, enunciando la infracción porque (i) el plazo de entrega no era esencial...; (ii) y no concurrió en la recurrente (promotora-vendedora) una conducta obstativa, un incumplimiento definitivo, absoluto, irreparable...

Por la compañía aseguradora de las cantidades entregadas a cuenta del precio por los compradores (también demandada, y ahora también recurrente en casación) se añade una nueva causa, a su juicio, de infracción del art. 1124 CC, cual era que los demandantes no habían probado su voluntad de cumplir los contratos, pues no habían requerido el cumplimiento, ni habían probado haber realizado gestiones para obtener la financiación del resto del precio.

El Tribunal Supremo nos expone en esta sentencia el bloque de sus resoluciones que en esta materia (incumplimiento del vendedor en los casos de compraventa de viviendas sobre plano) se había ya producido y consolidado como doctrina jurisprudencial, en torno a la aplicación del art. 1124 CC, como norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas; y nos cita, entre otras, las que también ya hemos analizado anteriormente (SSTS de 31 de enero y 12 de marzo de 2013).

Esa doctrina jurisprudencial consolidada en torno al art. 1124 CC la resume,

“[e]n 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 Unidroit (art. 7.3.1 [2.b]) y de los Principios de Derecho europeo de contratos (art. 8:103.b), citados con carácter orientador, cuando se priva sustancialmente al contratante, en este caso, al comprador, de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato.”

Y entre las lógicas expectativas del comprador debe entenderse el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma estipulados..., porque no en vano la entrega constituye la obligación esencial y característica de la compraventa para el vendedor (art. 1461 CC, en relación con el art. 1445 CC).

Es importante esta sentencia del Tribunal Supremo, a nuestro entender, porque, expuesta esta doctrina jurisprudencial consolidada sobre lo que según el art. 1124 CC debe considerarse un incumplimiento con alcance resolutorio, sabedor de que se utilizan en su interpretación textos que no son normas jurídicas de aplicación, nos aclara que,

“El Tribunal Supremo, a partir de sus Sentencias..., hasta las más recientes..., ha señalado que el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil, y a tal efecto es buena la referencia al artículo 8:103, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial...”

En cuanto a la infracción del plazo de entrega en la compraventa, y su repercusión en la relación contractual, también nos expone que hay doctrina jurisprudencial: 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, por lo que no puede en todos los casos considerarse incumplimiento resolutorio, aunque puede dar lugar a la constitución en mora, con las consecuencias indemnizatorias inherentes.

Para saber cuándo el incumplimiento del vendedor podrá autorizar al comprador la resolución del contrato, o el incumplimiento del comprador al vendedor, la jurisprudencia ha acudido a la CISG (cuidándose de no olvidar decir que fue ratificada por España en 1991, para que se tenga en cuenta como norma jurídica de aplicación), que en el art. 49.1 dispone que el comprador puede declarar resuelto el contrato (a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de sus obligaciones conforme al contrato o a la CISG constituye un incumplimiento esencial del contrato; y también, aunque el plazo no se haya convenido como esencial, (b) si el vendedor no hace la entrega dentro del plazo suplementario razonable fijado por el comprador, o declara que no lo hará; y lo mismo para el caso de incumplimiento del comprador de cualquiera de sus obligaciones (art. 64.1 CISG).

Es decir, que para que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, tanto del vendedor, como del comprador, sea considerado como un supuesto de incumplimiento resolutorio, se requiere también “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...” (así en esta STS de 18.07.2013, FD 11), lo que le hace concluir en que,

“[E]l peso se ha trasladado progresivamente desde el elemento subjetivo de la culpa del incumplidor al elemento objetivo de la gravedad de la repercusión del incumplimiento en la economía del contrato y la frustración de las expectativas de la parte cumplidora, sin perjuicio de que la excusabilidad del incumplimiento sea un elemento a tomar en consideración”

Y aplicando esta doctrina al caso de autos, en las circunstancias expuestas, en que los compradores habían entregado importantes cantidades de dinero para la compra de unos apartamentos en un complejo turístico, y se paraliza su construcción por orden administrativa, incluso con sentencia que anula la licencia de obras, confirma la gravedad de la situación y supone la frustración del fin del contrato, pues al imposibilitarse que los apartamentos pudieran entregarse en las fechas previstas en el contrato (o siquiera cercanas) y crearse una situación objetiva de riesgo de que incluso fuera posible su construcción, se priva a los compradores de lo que legítimamente tenían derecho a esperar en virtud del contrato.

En orden a contestar la alegación que se le opone a los compradores de que para poder exigir la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte, deben ellos haber cumplido las que le incumben, sin que a tal efecto hayan acreditado realizar gestiones para obtener financiación para el pago del resto del precio, y que habían instado la resolución sin haber requerido previamente el cumplimiento, sale al paso el Tribunal Supremo, respecto de la última de las

excusas, que el art. 1124 CC faculta al contratante cumplidor optar por exigir el cumplimiento de la otra parte incumplidora, o la resolución, sin que el precepto le imponga exigirle previamente el cumplimiento, por lo que ninguna trascendencia tiene que se haya escogido la resolución sin requerir el cumplimiento.

Y en cuanto a la alegación de no haber acreditado los compradores las gestiones tendentes a la financiación del pago del precio aplazado, también sale al paso el Tribunal dejando constancia de que el art. 1124 CC exige al contratante que ejercita la acción resolutoria el haber cumplido él con sus obligaciones exigibles hasta ese momento, “no que pruebe su disposición a seguir cumpliendo en el futuro” (no se le puede exigir prueba de comportamientos futuros cuando hasta ese momento ha cumplido con sus obligaciones contractuales).

Otra de las cuestiones interesantes que se tratan en esta sentencia es la relativa al incumplimiento resolutorio “previsible o anticipado”, con base en el hecho de que no hubiera todavía finalizado el plazo contractual de entrega de las viviendas cuando los compradores le dirigen a la promotora-vendedora el requerimiento resolutorio por incumplimiento de ese plazo.

El solicitar la resolución del contrato por retraso en la entrega, cuando el término fijado en el contrato no ha llegado todavía, no excluye la existencia de un incumplimiento apto para fundar la resolución del contrato cuando, como es el caso, hay circunstancias al formalizar la demanda de las que se deduce con seguridad que la obligación no va a ser cumplida (paralización de las obras por orden administrativa y anulación judicial de la licencia de obras).

“Actualmente se reconoce lo que se ha venido en llamar el incumplimiento previsible o anticipado (lo que en la terminología anglosajona utilizada en los textos de los movimientos unificadores del Derecho se ha denominado “anticipatory non-performance”), que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento actual al facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial”

Y en apoyo del argumento se cita y transcribe el contenido del art. 9:304 PECL, el art. 7.3.3 de los Principios Unidroit, el art. 72.1 CISG y el art. 1200 PMCCOC, así como la STS 69/2013, de 26 de febrero²²² y sus argumentos al respecto, en la que se utilizan también como apoyo argumental el art. 49 CISG, y los arts. 9:304 y 9:505 (1) PECL, así como los arts. 1200 y 1211 PMCCOC.

²²² Que también hemos analizado anteriormente en este mismo capítulo.

**xxiv) STS 9 de octubre de 2013 (ROJ STS 5066/2013) –
artículos 8:103 PECL – Ponente: Rafael Saraza Jimena**

Aparece reseñada en esta sentencia la regla del art. 8:103 PECL porque en sus argumentos (FD 3) se transcribe literalmente, en donde se utilizaba, parte del FD 11 de la STS de 18 de julio de 2013 del mismo Ponente, y que antes hemos analizado.

Lo que se cuestiona en el pleito en realidad, y en el recurso de casación, es si, a falta de pacto expreso, la ausencia de licencia de primera ocupación de una vivienda cuya entrega haya sido convenida en un contrato de compraventa de vivienda en construcción, o sobre plano, constituye una obligación esencial del vendedor o, por el contrario, una mera obligación accesoria de la obligación principal y esencial de la entrega.

La reseña a los PECL (y en concreto a la regla de su art. 8:103) viene dada también al transcribirse aquí literalmente (en su FD 3) parte del FD 11 de la STS de 18 de julio de 2013, también antes analizada en este capítulo, en relación a la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 1124 CC en materia de resolución de obligaciones recíprocas, al entender que el incumplimiento que constituye el presupuesto de la resolución ha de ser grave o sustancial, lo que ya no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que la conducta del incumplidor origine la frustración del fin del contrato.

Y esa frustración del fin del contrato tiene lugar cuando se malogran las legítimas aspiraciones de la contraparte, lo que considera esta doctrina jurisprudencial que ocurre cuando se priva sustancialmente al contratante de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato; y, en el caso del comprador, estas lógicas expectativas no son otras sino que recibir la cosa objeto de la compraventa (i) en el tiempo, lugar y forma que se hubiera pactado en el contrato (art. 1468 CC, que obliga al vendedor a entregar la cosa vendida en el estado en que se hallare al perfeccionarse el contrato, perteneciendo desde entonces al comprador todos los frutos), y (ii) en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza (pues el vendedor está obligado a entregar la cosa –art. 1461 CC-, ya que la compraventa no es otra cosa que el contrato por el que 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 –art. 1445 CC-). Y es en estos términos también en que así se entiende en los Principios Unidroit (art. 7.3.1 [2.b]) y en los Principios de Derecho europeo de contratos (art. 8:103,b), que se citan con carácter orientador.

Resulta interesante esta sentencia porque para categorizar, en sede de Derecho privado, la falta de licencia de primera ocupación como obligación esencial, o como accesoria de la entrega de la vivienda, comprende bien, a nuestro entender,

su naturaleza jurídica en sede de Derecho administrativo y, sobre todo, que en contra de la norma general del silencio positivo a su otorgamiento, éste no se produce cuando otorga facultades o derechos en contra del ordenamiento urbanístico, si bien que, como a continuación expondremos, haya tenido que ser precisamente en contra del criterio de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que mantenía el criterio contrario, que el Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, en recurso de casación en interés de ley haya declarado la doctrina legal de que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

No duda el Tribunal, ni discute, que en estos contratos de compraventa de viviendas sobre plano o en construcción, el vendedor viene obligado a la entrega de la cosa (arts. 1461 en relación con el art. 1445, ambos del CC), en este caso las viviendas, y también, y en relación con esta entrega, a cumplir todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Y la licencia de primera ocupación tiene como finalidad contrastar que se ha realizado la edificación conforme al proyecto autorizado por la licencia y que el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad, y puede habilitarse para el uso a que se le destina (naturaleza de esta autorización que viene del ámbito del Derecho administrativo).

En consecuencia, se trata de una obligación del promotor-vendedor de realizar la edificación conforme al proyecto autorizado por la licencia y que reúna las condiciones idóneas para el uso a que se le destina, obligación de la que se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, pero para su acreditación está la Administración obligada a expedirle la correspondiente licencia de primera ocupación (que no es de concesión discrecional, sino reglada, y de resolución expresa, que aunque pueda entenderse para su peticionario dada por silencio administrativo positivo, “no se sule por el transcurso del tiempo “ -STS, Sala 3ª, de 18 de julio de 1997, 1 de junio de 1998, 23 de junio de 1998, 20 de octubre de 1998, 14 diciembre 1998...-).

Y es aquí, aunque no se explique, cuando dice que aunque pueda entenderse dada la licencia de primera ocupación por silencio administrativo “no se sule por el transcurso del tiempo”, que consideramos está el Tribunal dando respuesta a cuando el motivo de casación enuncia, con apoyo en sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, que la licencia de primera ocupación, en el caso de autos, tras la solicitud cursada y la falta de respuesta municipal en plazo, debía considerarse finalmente obtenida por silencio positivo, sin que la eficacia de este acto administrativo –licencia de primera ocupación dada por silencio- se pudiera ver afectada por los ulteriores actos de la propia Administración contra la licencia de obras, ni por la impugnación judicial en el orden contencioso-administrativo.

Es cierto, y posiblemente sea en esa doctrina que la recurrente en casación fundamenta y argumenta su pretensión, que por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por ejemplo en la sentencia pronunciada en su sede de Málaga en fecha 29 de marzo de 2007, se participa del criterio de que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (ROJ STS 437/2009), manteniendo la misma doctrina jurisprudencial que existía²²³ con anterioridad a la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó el art. 43.2 LRJAP, ha declarado como doctrina legal que el art. 242.6 TRLS1992 y el art. 8.1 b), último párrafo, TRLS2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 LRJAP, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

El art. 8.1-b) TRLS2008 incorpora lo que disponía el art. 242.6 TRLS1992, y éste, no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/1987, de 28 de mayo, del Suelo (vigente hasta el 27 de junio de 2008), establecía que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”. El art. 8.1-b) TRLS2008 dispone que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”. Y ambos preceptos estatales básicos tienen raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico, pues ya el art. 178.3 TRLS1976 disponía que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento”. Incluso, en desarrollo de este precepto, establecía el art. 5.2 del Reglamento de disciplina urbanística (aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que en estos casos, cuando el peticionario de la licencia ejecutara las determinaciones del proyecto, no habría lugar a indemnización a su favor si se ordenare posteriormente la suspensión de actividades o la demolición de lo realizado.

Se trata de preceptos estatales básicos, por lo que rigen en todo el territorio español y no pueden los ordenamientos urbanísticos autonómicos contradecirlos, como así se declara en la Disposición final primera (relativa al título competencial y ámbito de aplicación) del TRLS2008, que, entre otros preceptos, el art. 8 lo considera con carácter básico, dictado en ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el art. 149.1 CE.

²²³ Doctrina jurisprudencial anterior recogida, entre otras, en SSTS de 30 de enero de 2002, rec. 9239/97, 15 de octubre de 2002, rec. 11763/98, 17 de noviembre de 2003, rec. 11768/98, de 26 de marzo de 2004, rec. 4021/01, de 3 de diciembre de 2005, rec. 6660/02, de 31 de octubre de 2006, rec. 3289/03, de 17 de octubre de 2007, rec. 9828/03, y 17 de octubre de 2007, rec. 9397/03.

Y también es básico el contenido del art. 43.2 LRJAP, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario”.

Por tanto, aunque en estos casos la norma general sea el silencio positivo, la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de ley establezca lo contrario, y este es el caso del art. 242.6 TRLS1992, antes, y ahora del art. 8.1-b) TRLS2008, que en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

En el caso que estudia esta STS de 9 de octubre de 2013 que analizamos, en el contrato de compraventa se había convenido la entrega de la vivienda con el otorgamiento de la escritura pública de venta y pago del resto del precio aplazado, lo que acordaron tuviera lugar “antes del 30 de junio de 2005”, añadiendo como estipulación contractual que podría prorrogarse hasta el 30 de septiembre de 2005, y que “[L]as obras se entenderán finalizadas cuando por la Dirección Técnica se expida el correspondiente certificado final de obras”

El certificado final de obras se libra el 20 de mayo de 2005 y aunque la entidad promotora solicita al Ayuntamiento la licencia de primera ocupación el 15 de septiembre de 2005, no recibe contestación hasta el 19 de julio de 2006 en que se le notifica la resolución denegatoria por posible contradicción de la edificación con las normas urbanísticas, por lo que acuerda el Ayuntamiento, además, iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras y de declaración de nulidad, impugnando también judicialmente la Junta de Andalucía la licencia de obras, por todo lo que el comprador comunica por burofax a la promotora-vendedora su voluntad de resolver el contrato por falta de entrega efectiva de la vivienda y exige la devolución de las cantidades de dinero entregadas a cuenta del precio, más los intereses, lo que después reclama judicialmente, ante la negativa de la vendedora, que se opone alegando que la vivienda estaba finalizada dentro del plazo (según la certificación del Técnico) y la licencia de primera ocupación había de entenderse concedida por silencio administrativo positivo (solicitada el 15 de septiembre de 2005), por lo que formula reconvencción para reclamar el cumplimiento del contrato.

El Juzgado de primera instancia desestima la demanda y estima la reconvencción porque, no discutiéndose que las obras se habían terminado dentro del plazo, consideraba que la licencia de primera ocupación había sido concedida por silencio administrativo positivo, cuya eficacia no podían desconocer ni la Administración, ni tampoco los particulares, sin que pudiera ser posible una resolución municipal expresa tardía en contra de ese acto de otorgamiento presunto de la licencia; y, en todo caso, también considera que la falta de licencia

de primera ocupación no constituye un incumplimiento resolutorio, pues la vivienda terminada podía ser habitada, sin que en el contrato se hubiera establecido más que la entrega una vez obtenido el certificado final de obras expedido por el Técnico.

La Audiencia Provincial de Málaga, en cambio, declara resuelto el contrato porque considera que la entrega efectiva de la vivienda constituye una obligación principal del vendedor y su cumplimiento no solo se limita a la entrega material o física, con posibilidad de ocuparla, sino esencialmente también la entrega de la licencia de primera ocupación, que es la que garantiza que la vivienda puede legalmente ocuparse y usarse con arreglo a su fin, por lo que la ausencia de esta licencia, que no consta concedida, justifica la resolución del contrato reclamada por la compradora, pues consta su denegación, e incluso la impugnación de la licencia de obras, por graves infracciones urbanísticas, sin que quepa la obtención de licencias por silencio positivo en contra de la legalidad urbanística, afirmación que hace con cita precisamente de la STS, Sala 3ª, de 28 de enero de 2009, que antes hemos señalado que así lo declara como doctrina legal, manteniendo la misma anterior, pues, de lo contrario, se generaría una situación de inseguridad jurídica para el comprador que justifica no obligarle a otorgar la escritura de compraventa y preservarle de una posible actuación administrativa sancionadora dirigida incluso a restablecer la legalidad urbanística con el derribo.

Siguiendo con esta argumentación, el Tribunal Supremo nos aclara, respecto a la entrega de la vivienda como obligación del vendedor, que por virtud de lo establecido en el art. 1461 CC es ésta una obligación esencial del contrato de compraventa (art. 1445 CC), pero por virtud del art. 1258 CC, también el vendedor está obligado al cumplimiento de lo expresamente pactado, así como “a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, con lo que también la entrega al comprador de la licencia de primera ocupación constituye una obligación del vendedor.

Ahora bien, que la entrega de la licencia de primera ocupación por el vendedor al comprador sea una consecuencia inherente a la naturaleza del contrato de compraventa de la vivienda, conforme con la buena fe, los usos, y la propia ley, no significa que sea siempre, ni por regla general, tenga carácter esencial y efectos resolutorios del contrato en caso de ausencia, sino que para determinar las consecuencias del incumplimiento de esta obligación es preciso distinguir: (i) que así expresamente se haya recogido en el contrato como obligación esencial, porque si así se conviene es obvio que su incumplimiento daría lugar a la resolución (pues el art. 1469 CC dispone que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato); y (ii) que no se hubiera convenido expresamente con ese carácter esencial, en cuyo caso, para dar lugar a la resolución, se debe prescindir de reglas generales y habrá que examinar las circunstancias concretas del caso, pudiendo entonces valorarse la entrega de la licencia de primera ocupación, según el caso,

como una obligación accesoria (cuando solicitada la licencia a la Administración, ésta no la otorga expresamente por razones que no sean de oposición a la legalidad urbanística, sino, por ejemplo, por sobrecarga de trabajo) o esencial (cuando la ausencia de la licencia obedece a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento).

xxv) ATS de 21 de enero de 2014 (ROJ ATS 197/2014) –

Ponente: Francisco Marín Castán

Se trata de una resolución del Tribunal Supremo por la que se rechaza la admisión del recurso de casación al incurrir sus motivos en causas de inadmisión; y, en concreto, por lo que a nuestro estudio interesa, uno de los motivos se fundaba en la denuncia de infracción del art. 1124 CC, en relación con los arts. 1101 y 1104 CC, así como la doctrina jurisprudencial que lo interpreta; y fija el recurrente el sentido y alcance del precepto que denuncia como infringido (SSTS de 10 de octubre de 2005 –precisamente la primera que ha sido objeto de análisis anteriormente en este mismo capítulo (ROJ STS 6005/2005), en que se cita el art. 8:103 PECL para la interpretación del art. 1124 CC²²⁴-, 19 de mayo de 2008 –precisamente en esta sentencia se citan la primera y la segunda de las que hemos analizado en este capítulo, que hacen su argumentación e interpretación del art. 1124 CC a la luz del art. 8:103 PECL-²²⁵ y 10 octubre 2010²²⁶), “por considerar

²²⁴ FD 6. (...)

“De acuerdo con estos datos, el razonamiento de la sentencia apelada de que se trata de un contrato con obligaciones bilaterales o recíprocas, cuya resolución ha sido pedida por la parte que ha cumplido las obligaciones que le incumben, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo. 1124 Código civil (LEG 1889, 27) , es absolutamente correcto. Así nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo. 1124 Código civil en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del artículo. 1124 Código civil se requiere: a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; b) que sean exigibles; c) el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y d) un **incumplimiento intencional** por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4348] , además de otras como las de 21 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1275] , 25 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9588] , 17 de febrero [RJ 2003, 2104] y 10 de julio de 2003 [RJ 2003, 4339]), de manera que «de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo. 1124 Código Civil (LEG 1889, 27) en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada, es decir, Danzas, SA de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo.

²²⁵ En el FD 4 de esta sentencia se realizan los siguientes argumentos:

“Como declaró la sentencia de 4 de enero de 2007, con cita de las de ..., “-no todo incumplimiento en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido-, es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática”

que el incumplimiento contractual, a los efectos resolutorios del art. 1124 CC, debe de ser intencional, mientras que en el supuesto de autos considera la parte que no habría existido voluntad de incumplimiento”.

El Tribunal Supremo considera que el recurso incurre en la causa de inadmisión de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos (art. 483.2.2ª LEC),

“[p]or cuanto que la interpretación jurisprudencial que sostiene la parte, en relación con el precepto infringido, debe considerarse superada”.

Frente al criterio del recurrente, al sostener que la jurisprudencia que invoca considera que el incumplimiento resolutorio debería ser intencional, el Tribunal le reprocha que,

“es ésta una cuestión que ha sido abordada por la jurisprudencia de la Sala y debe considerarse como superada. Así, la STS de 18 de julio de 2013, rec. 1791/2010 que:

“Las sentencias... han establecido una doctrina jurisprudencial sobre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 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]) y de los Principios de Derecho europeo de contratos (art. 8:103.b), citados con carácter orientador, cuando se priva sustancialmente al contratante, en este caso , al comprador, de lo que legítimamente nía derecho a esperar en virtud del contrato.

“El Tribunal Supremo, a partir de sus Sentencias..., ha señalado que el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos permite utilizarlos como texto interpretativo

“Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006-. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la lex privata por la que quieren regular su relación jurídica.

“También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005.

“Y, finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor –sentencia de 5 de abril de 2006.

²²⁶ Se cita esta sentencia del 10.10.2010, pero la fecha de la misma cae en domingo, por lo que debe haber un error y no podemos saber a qué sentencia se refiere exactamente.

de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil, y a tal efecto es buena la referencia al artículo 8:103, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial...”

Sin embargo, lo cierto es que las sentencias que invoca el recurrente para sostener su criterio de que el incumplimiento para que sea resolutorio ha de ser intencional, no mantienen precisamente esa argumentación, sino que dan al incumplimiento intencional carácter y categoría de incumplimiento resolutorio, como uno de los supuestos más, junto con el que aun no siendo intencional, sea esencial (por ser esa la voluntad expresa o tácita de las partes contratantes), y junto con el que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la privación sustancial de lo que el contratante perjudicado esperaba y tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato...

El incumplimiento intencional a que estas sentencias que invoca el recurrente se refieren, por otra parte, no viene dado por la conducta rebelde al cumplimiento de la parte incumplidora, sino que se refiere más bien a que, con independencia de su voluntad, la otra parte llega razonablemente a pensar que no va a poder esperar un cumplimiento futuro (STS de 10.10.2005).

El supuesto de hecho enjuiciado deriva de la acción ejercitada por la compradora de un edificio, frente a la vendedora, en reclamación de la resolución del contrato de compraventa (por inhabilidad absoluta para su destino del objeto y haber entregado cosa distinta de la pactada al existir orden de demolición por infracción urbanística conocida y ocultada por la vendedora) y restitución de las prestaciones (precio pagado, más los intereses) e indemnización de daños y perjuicios, más el coste de la demolición. La vendedora demandada se opone alegando que desconocía en el momento de la venta que se tramitara el procedimiento contencioso-administrativo que daba lugar a la orden de demolición del edificio, que en el momento de la venta el edificio contaba con las correspondientes licencias de obras y de ocupación, habiéndose anulado posteriormente, sin intervención ni responsabilidad de la vendedora, por lo que no había lugar a la resolución, ni a la reclamación de indemnización.

El Juzgado de primera instancia, aunque declara en el fallo la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora, en realidad en sus fundamentos lo considera anulable y lo anula por vicio obstativo en la voluntad de la compradora (art. 1261 CC) que desconocía el procedimiento contencioso-administrativo tendente a que se dispusiera la anulación de la licencia de construcción del edificio y su derribo, dando lugar a la restitución de las prestaciones recíprocas y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

i) STSJ Navarra 5 julio 2007 (ROJ STSJ NAV 449/2007) – Ponente: Juan Manuel Fernández Martínez

Aparecen citados en esta sentencia los PECL, y en concreto la regla del art. 8:103, con ocasión de la cita, y transcripción parcial de sus argumentos en el FD 2-B, de la STS 1311/2006, de 22 de diciembre, que a su vez cita también la STS de 5 de abril de 2006, como acreditación de su previa puesta de manifiesto de que en la apreciación y calificación del incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales, en general, y de modo particular en la compraventa, cabía apreciar una evolución, no exenta de cierta confusión, de los criterios jurisprudenciales, desde el haber mantenido que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurría una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento, con matizaciones posteriores que presumían esa voluntad de incumplimiento (v.gr., exigiendo que no se hiciera efectivo el precio, o la frustración del fin del contrato, para lo que basta que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, o simplemente que la conducta del incumplidor fuera grave, o si incumplimiento parcial o relativo, que impida la realización del fin del contrato, que es la satisfacción completa del acreedor según los términos convenidos en el contrato), que era la tendencia que se ajustaba también a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la CISG (que sí que forma parte de nuestro ordenamiento) y que en sentido parecido también se pronuncian los PECL (en concreto, la regla del art. 8:103).

Y añade la observación de que, al contemplar nuestra jurisprudencia la resolución contractual predominantemente como sanción al incumplimiento, ha prestado una atención prevalente a los denominados “factores etiológico-subjetivos”, a la voluntad del incumplidor y la eventual justificación de su conducta, sobre los objetivos derivados de la ruptura del equilibrio económico entre las prestaciones, lo que lleva a la consecuencia de quebrar el principio de reciprocidad, poniendo como ejemplos, por una parte, la STS de 13 de julio de 1995, donde se argumenta que “[L]a frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes..., y lo mismo sucede cuando inciden impedimentos urbanísticos y administrativos”, y por otra parte, la STS de 24 de noviembre de 1993, que en sentido contrario afirma que “se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido”

En el supuesto litigioso se plantea la problemática de un contrato de compraventa privado de 12 de abril de 2003 que tiene por objeto una vivienda construida desde 1979, en el que se fija un precio determinado, entregándose una cantidad a la firma del contrato y pactando que el resto se pagaría a la entrega de la vivienda y otorgamiento de la escritura pública, pero que pronto se puso de manifiesto que la edificación, así como el uso residencial que se le atribuía, no eran conformes con la ordenación urbanística, por cuanto que, aun anterior al planeamiento, el suelo vino en calificarse de no urbanizable y actualmente incluido en un ámbito para el que la actual normativa le atribuía un uso industrial, por lo que los compradores se oponen a otorgar la escritura, pese a que se les pone de manifiesto la cédula de habitabilidad y la licencia municipal de ocupación.

El Juzgado de primera instancia desestima la demanda de los compradores reclamando la resolución del contrato y devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, y a ello se opone la Audiencia Provincial de Navarra, porque “aunque la vivienda ubicada en la finca cuenta con licencia de ocupación y haya obtenido cédula de habitabilidad, es evidente que el edificio está ubicado en categoría de suelo no urbanizable en el que no se permite la construcción de viviendas”.

Y la Sala del TSJ Navarra, para plantear la problemática, expone que,

“La cuestión nuclear del pronunciamiento de la Audiencia, y auténtica clave de bóveda de su resolución, se resume en la afirmación siguiente, contenida en su fundamento jurídico tercero: “la prueba practicada lo que acredita es que el objeto de compraventa que pretende entregar la parte vendedora no se acomoda a la voluntad de las partes, y al fin que debe considerarse habitual en este tipo de contratos, pues en definitiva dada la situación urbanística de la finca vendida, lo que se entrega es con unos vicios que hacen impropio el objeto de la compraventa para el fin que se destina, según el objeto del propio contrato revelándose con ello un incumplimiento de la obligación de entrega que compete al vendedor, exigible legalmente en sede del art. 1461 CC y Ley 568 de la Compilación, que determinan que sólo se entiende entregada la cosa vendida cuando la puesta a disposición lo sea según la naturaleza de la cosa, lo que a juicio de la Sala no concurre, pues aun cuando la vivienda sita en la finca vendida, disponga de cédula de habitabilidad, haya estado habitada y sea habitable como vivienda, no puede obviarse que no goza de naturaleza urbana la finca donde se encuentra, y que no puede afirmarse ni garantizarse a los compradores que pueda permanecer porque pueda llegar a adquirir esa naturaleza urbana y consolidable”.

A la vista de la problemática suscitada por las partes en sus discrepancias y del planteamiento del caso por la Audiencia, el TSJ considera que a la propia complejidad del problema ha contribuido en buena medida el abordar los

supuestos de inhabilidad del objeto de la compraventa desde la óptica de las acciones edilicias, planteándose la cuestión de su compatibilidad con las resolutorias, cuando el problema debe resolverse, como de forma unánime lo considera la doctrina jurisprudencial, en el ámbito de los arts. 1101 y 1124 CC y no en el régimen del saneamiento por vicios ocultos.

La Audiencia sitúa la problemática en el terreno del incumplimiento resolutorio por inhabilidad de la cosa objeto de la compraventa, pero el TSJ Navarra considera este parecer ciertamente discutible, al no poder obviar, como así hizo el Juzgado de primera instancia, que la vivienda en cuestión se encontraba en el estado en que estaba al perfeccionarse el contrato y en la misma disposición que 25 años antes, en total disponibilidad para el fin que le es propio... Y por ello considera el TSJ Navarra que se deben distinguir (i) los supuestos de incumplimiento resolutorio propiamente dichos, (ii) de aquellos otros que, aun teniendo trascendencia resolutoria, no son subsumibles en el primero, de los que la frustración del fin del negocio es el más significativo.

Y residenciando el debate en el art. 1124 CC, en relación con el art. 1461 CC, la resolución se anuda en el no cumplimiento por uno de los obligados de la prestación que le incumbe, lo que se ha de aplicar (i) a los supuestos de incumplimiento culpable, y también (ii) a los supuestos ajenos a la voluntad de las partes -cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento (STS de 22 octubre 1985) y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma (SSTS de 3 noviembre y 9 diciembre 19183, y 27 octubre 1986).

En el supuesto cuestionado en la sentencia, se considera por el Tribunal que difícilmente podría quizás reprocharse a la vendedora el haber determinado la frustración del contrato de venta de la vivienda, pero lo que resulta para la misma indiscutible -criterio seguido por la Audiencia y que el Tribunal confirma- es que la prestación -la vivienda que se le pretende entregar- es distinta a la pactada al ser inhábil (*aliud pro alio*) y no resultar satisfecha la finalidad del contrato para el comprador.

No obstante, consideramos que de los hechos y circunstancias que se declaran probadas no se puede concluir de manera taxativa esa inhabilidad de la vivienda a los fines del contrato, si tenemos en cuenta que esta inhabilidad resolutoria se basa en cuestiones de orden urbanístico no debidamente argumentadas por el Tribunal. Éste no desconoce que en unos casos (el ejemplo de la STS de 13 de julio de 1995 que nos cita) la jurisprudencia no ha dado lugar a la resolución, y en otros (el de la STS de 24 noviembre 1993) sí, por lo que a nuestro entender resulta preciso conocer algo más de esas circunstancias urbanísticas, toda vez que la vivienda en cuestión contaba con licencia municipal de primera ocupación y cédula de habitabilidad, y aquélla precisa de una previa licencia municipal de edificación o

de legalización de la edificación construida sin licencia, lo que supone una previa fiscalización por la Administración de su acomodo al ordenamiento urbanístico (porque debe tenerse en cuenta que las licencias urbanísticas son una actividad reglada).

Se ha de tener en cuenta que no es óbice, para la completa y absoluta legalidad de la construcción de la vivienda, el que la edificación esté erigida en suelo calificado por el planeamiento urbanístico como suelo no urbanizable, porque, dada la fecha de su construcción (1979) y que se dice es anterior a las Normas Subsidiarias del planeamiento (y aunque lo fuera posterior a éstas), no sólo cabe la posibilidad de que la edificación quede fuera de ordenación (con las limitaciones del art. 60 TRLS1976), sino que es también posible la construcción de una vivienda familiar cuando no exista posibilidad de formación de un núcleo de población, ya que así lo autorizaba el art. 85.1.2ª TRLS1976, precepto que regula el régimen urbanístico del suelo urbanizable programado, al que remite para su aplicación el art. 86 del mismo texto legal para los terrenos que se clasifiquen como suelo no urbanizable.

Pero, aun así, también es cierto que esta ordenación de uso de los terrenos y construcciones permitida en estos tipos de suelo implican verdaderas limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad (y así expresamente lo dispone el art. 87 TRLS1976), por lo que, aunque la obligación del vendedor en el contrato de compraventa no sea más que la entrega de la vivienda, la finalidad para la que sirve este contrato al comprador, y persigue, es adquirir la propiedad y adquirirla sin limitaciones, salvo pacto que las exponga y se acepten, por lo que, como regla general, no podrá decirse que en estos asuntos las circunstancias urbanísticas supongan un efecto resolutorio, sino que se habrá de estarse en cada caso concreto a resultados de lo que en realidad ha sido objeto de la compraventa y la configuración de la propiedad resultante de los deberes y limitaciones que le impone al propietario el ordenamiento urbanístico según esas circunstancias, y en el caso de autos la limitación viene dada además por la propuesta de modificación de las Normas Subsidiarias del planeamiento para este sector (siquiera solo estuvieran aprobadas inicial y provisionalmente) que atribuye a todo su ámbito un uso industrial, y no residencial.

ii) STSJ Navarra de 12 de marzo de 2012 (ROJ STS NAV 282/2012) – Ponente: Juan Manuel Fernández Martínez

El asunto que se somete a la resolución de los tribunales viene de un contrato de compraventa de una vivienda en un edificio en que, después de la venta en documento privado (cobrando parte del precio y el resto aplazado al otorgamiento de la escritura de venta), al acceder la vendedora-promotora a la escritura de

división del edificio en propiedad horizontal, se reserva el derecho de uso exclusivo de la azotea del edificio.

Para el Juzgado no resulta un incumplimiento resolutorio; para la Audiencia no supone una modificación del proyecto de obra (en base a lo que la compradora, por así venir pactado en el contrato, instaba la resolución), “pero sí priva al adquirente del derecho de uso de una parte común del edificio...”, por lo que considera incumplimiento resolutorio.

Según el Tribunal de casación, la valoración de la gravedad del incumplimiento ha de hacerse a través de criterios jurisprudenciales sentados al efecto en innumerables sentencias, y al hacer mención a las mismas, cita una propia –la STSJ Navarra de 5 julio 2007, que anteriormente hemos analizado-, en la que cita y transcribe parcialmente la STS 1311/2006, de 22 de diciembre, que a su vez cita también la STS de 5 de abril de 2006, y es cuando, como allí, nos expone la tendencia del Tribunal Supremo a ajustar sus criterios relativos al incumplimiento resolutorio a los contenidos de la CISG (arts. 25 y 49) y de los PECL (regla del art. 8:103).

Y en base a esta doctrina jurisprudencial, y a la de su propia Sentencia de 21 de enero de 2010, en que señalaba el carácter restrictivo con que han de interpretarse los incumplimientos resolutorios, equiparables a toda pena convencional, considera la Sala que falta entidad suficiente a la razón alegada por la compradora para estimar incumplido el contrato por la promotora-vendedora, máxime cuando, y así lo resalta, en el segundo requerimiento que hace la promotora a la compradora instándole al otorgamiento de la escritura de venta ya le ponía en conocimiento que se habían rectificado los estatutos de la comunidad eliminando “la reserva del derecho de uso de la azotea”, pese a lo que tampoco acudió el comprador, por lo que tal conducta que se imputa a la promotora podría suponer, a lo sumo, un cumplimiento tardío de la prestación, pero no autorizaría en modo alguna a la resolución.

Sí da lugar a la resolución del contrato que insta la vendedora-promotora en su demanda reconventional, al considerar que la compradora incumple su obligación de pago del precio cuando desatiende el último de los requerimientos en que se le conmina al otorgamiento de la escritura de venta con la indicación de que ya se había eliminado su reparo de la reserva del derecho de uso de la azotea.

Y en cuanto a los efectos de esta resolución, en el contrato se convenía como cláusula penal para la compradora que la vendedora podría hacer suyo el 50% “de las cantidades que debiera haber satisfecho la parte compradora en el momento de la resolución, como cláusula penal por incumplimiento”, por lo que la Audiencia había considerado que debía indemnizársele a la vendedora con el 50% del precio de la venta, que era lo que consideraba que debía haber satisfecho la compradora en el momento de la resolución. Sin embargo, en esto no coincide la Sala con la sentencia de la Audiencia y considera que lo debido en el momento de la

resolución era solamente lo que había entregado a cuenta del precio de la compraventa.

En relación a la cláusula penal por falta de cumplimiento de las obligaciones, se ha de tener en cuenta que la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra contiene una regulación específica que difiere del régimen común de los arts. 1152-1155 CC. Y así nos lo explica la Sala.

El art. 1154 CC permite al Juez modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; en cambio, la Ley 518 FN establece que “la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial” (y así también el Tribunal Supremo, v.gr., en la Sentencia de 25 de enero de 1989 –RJ 1989, 125-), recogiendo así la doctrina romana de las estipulaciones penales, que no son una modalidad de indemnización preestablecida.

Pero esta exclusión ha sido también afirmada para la cláusula penal moratoria en el ámbito del Derecho civil general, pues, con algunas salvedades, la jurisprudencia, considerando que la moderación de la pena es tan sólo posible cuando, prevista para el incumplimiento total de la obligación, éste es tan sólo relativo, por haberse producido un cumplimiento parcial, irregular o defectuoso de la misma, ha venido manteniendo mayoritaria o generalizadamente la inaplicabilidad de la facultad moderadora judicial a los supuestos en que la pena se conviene para un concreto y específico incumplimiento parcial, cual el retraso en la realización de la prestación debida (pena moratoria), en el que la sola demora, “la ejecución tardía de la prestación” (STSJ Navarra de 8 de marzo de 1999) constituye el incumplimiento convencionalmente penalizado. Así en las SSTs de 29 noviembre 1977 –RJ 1997, 8441-; 15 noviembre 1999 –RJ 1999, 8215; 10 mayo 2001 –RJ 2001, 6191-; 27 febrero 2002 –RJ 2002, 1910); 30 abril 2002 –RJ 2002, 4041; 8 octubre 2002 –RJ 2002, 358...

iii) STSJ Cataluña de 7 de marzo de 2013 (ROJ STSJ CAT 2858/2013)- Ponente: María Eugenia Alegret Burgués

En el supuesto enjuiciado la demandante, propietaria de unos terrenos, mediante contrato de 22.01.2007 los había cedido a una empresa promotora, propietaria también de unos terrenos contiguos, a cambio de obra futura y dinero, por lo que reclama el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios, a lo que se opone la empresa promotora y reconviene reclamando la nulidad del contrato (por error invalidante de su consentimiento) y, de manera subsidiaria, la rescisión por lesión *ultradimidium*.

La sentencia de la Audiencia Provincial condena a la promotora al otorgamiento de la escritura pública a favor de los actores de las unidades constructivas

convenidas en el contrato, así como a indemnizar a los actores, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia por falta de disponibilidad de las viviendas desde la fecha que se había convenido de entrega y hasta la efectividad de la misma, siguiendo los criterios de valoración contenidos en el dictamen pericial.

Frente a la nulidad por vicio invalidante del consentimiento, considera la Sala que no resulta tal vicio de los hechos declarados probados: del propio escrito de contestación a la demanda, de la declaración del legal representante de la promotora, de la testifical del arquitecto municipal..., resultaba acreditado que al tiempo de firmar el contrato la promotora tenía completo y cabal conocimiento de que adquiriría una finca rústica sometida a un proceso urbanístico de recalificación del que resultaban unas determinadas expectativas urbanísticas por las que se preveía que tanto la finca objeto del contrato, como otra colindante propiedad de la misma promotora, incluidas en dicho plan urbanístico, serían urbanizables en toda su extensión, sin que finalmente tales expectativas resultasen ciertas. Conocedora de todo ello, la inmobiliaria promotora concertó el contrato haciendo constar la situación real de la finca –rústica- sin mención alguna de las expectativas de futuro y sin establecer condiciones suspensivas o resolutorias; es decir, sin subordinar la efectividad del contrato y pago del precio aplazado al cumplimiento de ningún hecho futuro. Además, el propio contrato fue redactado por el abogado de la inmobiliaria promotora.

Por tanto, concluye la Sala que el hecho de que el devenir de los acontecimientos no se produjera en la forma esperada por la inmobiliaria no significaba que el consentimiento se hubiera prestado viciado de error invalidante, por cuanto que conocía lo que adquiriría y a lo que se arriesgaba.

En cuanto a la rescisión por lesión *ultradimidium*, esgrime la Sala su reiterado criterio respecto de la naturaleza de esta institución, heredada del Derecho justiniano, y que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho navarro y también en una época en el derecho catalán histórico²²⁷, en los que la acción se atribuía a ambos contratantes en los contratos bilaterales, por tanto también al comprador o adquirente, el texto compilado de 1960 sólo concede la acción al vendedor, enajenante o transmitente, condición que ha de reunir quien ejercite la acción, y ello tanto se trate de contrato de compraventa como de permuta. Y en razón a ello, comprar o recibir en permuta un inmueble por un precio o valor superior al que el mercado pagaría, no es causa de rescisión.

Y la invocación a los PECL (y en concreto a la regla del art. 9:501 [2]), la hace esta sentencia, en relación con la reclamación del lucro cesante (rentas que según el recurrente en casación considera que constituirían meras expectativas económicas), al citar las SSTS de 12 noviembre 2012 y de 11 febrero 2013, y al

²²⁷ Y también en algún antecedente legislativo, como los proyectos de Apéndices de Durán y Bas de 1930, o el Anteproyecto de Compilación de 1952

transcribir parte de los argumentos de esta última (a cuyo análisis en este capítulo nos remitimos), cuando recuerda que pueden reclamarse por lucro cesante,

“... cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (art. 9:501 [2] PECL, criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones pro lucro cesante”.

iv) STSJ Navarra de 21 de enero de 2010 (ROJ STSJ NAV 58/2010)- Ponente: Francisco Javier Fernández Urzainqui

En esta sentencia se hace uso por el Tribunal en sus argumentos de dos reglas de los PECL.

Una, la regla del art. 9:105, relativa a la interpretación de los contratos (los términos de un contrato deben interpretarse a la luz de dicho contrato en su conjunto), y que no es materia de nuestro estudio en este capítulo, en apoyo de lo establecido en el art. 1285 CC (las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas), que propugnan el denominado canon de la totalidad del área contractual, considerado como un todo orgánico.

La otra es la regla del art. 9:307, que se refiere a uno de los efectos de la resolución de los contratos, cual es que “las partes tienen derecho a recuperar el dinero que hubieran pagado por una prestación que no hayan recibido o que legítimamente se hubieran negado a aceptar”, lo que viene a cuento en la sentencia porque, al avenirse ambas partes contratantes a reconocer la realidad del incumplimiento por la vendedora de los deberes contractuales y, en su virtud, la procedencia de la resolución del contrato, la controversia quedaba circunscrita a las consecuencias de aquel incumplimiento y de esta resolución, que han de derivarse con arreglo a las previsiones del contrato y a las normas propias del Derecho de obligaciones.

Las previsiones del contrato venían dadas por dos cláusulas que no considera el Tribunal incompatibles, porque, aunque ambas coinciden en el efecto resolutorio de los incumplimientos, éstos son por razones diferentes, así como sus efectos también se establecen diferentes, lo que no es extraño al Derecho y tiene su sentido porque, como se razona, la resolución de los contratos tan sólo procede por un incumplimiento de una obligación esencial, cuando nada para caracterizar

esa esencialidad se ha establecido, y se rechaza cuando se refiere a obligaciones meramente accesorias o complementarias, salvo que en relación con éstas se caractericen mediante pacto expreso con aquella virtualidad resolutoria, que es lo que hicieron las partes litigantes en su contrato: la cláusula a la que se refiere el incumplimiento declarado probado en el pleito, sin la específica previsión de darle carácter resolutorio, no habría facultado al comprador para desvincularse del contrato e instar su resolución, sino solo para instar su cumplimiento exacto o solicitar una indemnización por la superficie de terreno detraída con el vallado infractor, así como los demás daños eventuales.

Es por ello que el pacto de reservar al comprador el derecho a la devolución del dinero entregado por la inejecución de la específica obligación cumple esta función de facultar al comprador para la recuperación del precio pagado, inherente a la resolución –se dice por la sentencia que analizamos–,

“según doctrina jurisprudencial reiterada (SS. 11 febrero 2003 y 27 octubre 2005, del Tribunal Supremo) y de común aceptación en los ordenamientos de nuestro entorno (cfr. art. 9:307 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos o PECL)”

No podemos ocultar que sorprende esta forma de referirse a los PECL, porque da a entender que sean los PECL un ordenamiento jurídico de nuestro entorno, cuando quizás esté queriéndose decir que en los PECL se recogen reglas comunes a los ordenamientos de nuestro entorno, que es distinto y es más bien lo que son realmente.

Y nos sorprende porque quien fue pionero en la cita de este texto en nuestra jurisprudencia fue el Ponente de esta misma sentencia, el Magistrado Francisco Javier Fernández Urzainqui, también como integrante de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su **Sentencia de 6 de octubre de 2003** (ROJ STSJ NAV 1335/2003).

En aquella ocasión su cita era en relación a la exigencia de la buena fe y a la interdicción del retraso desleal en el ejercicio de los derechos, para interpretar las leyes 17 y 490 FN, argumentando que “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia vienen reputando sin vacilación alguna desleal y por ende contrario a la buena fe el ejercicio de un derecho en contradicción con su anterior conducta –actuación contra los actos propios- o tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo –retraso desleal-, sorprendiendo de esta forma la confianza que en ella despertó”.

Y se nos explica que la interdicción del retraso desleal (Werwirkung, en la doctrina germánica) significa que un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará, sin que baste

tampoco una mera dilación en la actuación del derecho, sino que éste ha de producirse en circunstancias que la hagan inesperable o sorpresiva...

Entre sus argumentos la sentencia introduce que,

“Constituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una obligación contractual se ejercite tempestivamente en un “tiempo razonable”, a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada”.

3. Aplicación de estas reglas por los Tribunales de las Audiencias Provinciales.

La mayoría de estas sentencias del Tribunal Supremo que hemos dejado reseñadas y analizadas anteriormente, vienen siendo citadas, o se transcriben sus argumentos relativos a la aplicación de los PECL, por incontables sentencias de los Tribunales de todas las Audiencias Provinciales. Algunas no, y citan el texto de manera autónoma, incluso con alguna incorrección, como la SAP Zaragoza, sección 5, de 1 de abril de 2013 –sentencia núm. 177, JUR 2013, 113024-, que en su FD 1 se refiere al texto como interpretativo de las normas vigentes en esta materia en el Código civil, pero al citar sus reglas dice literalmente que “a tal fin debe citarse el art. 8 (sic) PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte, el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato, el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento”

Los ejemplos de citas y transcripción de los argumentos de las sentencias del Tribunal Supremo se harían interminables; no obstante, citaremos algunas de cada una de las distintas Audiencias Provinciales del Estado. Por ejemplo:

Audiencia Provincial de A Coruña: sentencia de 28 de abril de 2006 (JUR 2006, 162426), de 3 noviembre 2010 (ROJ SAP C 3184/2010), de 22 noviembre de 2010 (ROJ SAP C 2889/2010)

Audiencia Provincial de Alicante: sentencias de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006, 185417), de 28 de junio de 2007 (JUR 2008, 236988), 5 de octubre de 2009 (JUR 2009, 497966),

Audiencia Provincial de Almería: sentencia de 30 diciembre de 2010 ((ROJ SAP AL 415/2010)

Audiencia Provincial de Ávila: sentencia de 17 de febrero de 2009 (JUR 2009, 189464), de 24 de junio de 2010 en el recurso 165/2010 (ROJ SAP AV 292/2010), de 27 de octubre de 2010 (ROJ SAP AV 427/2010)

Audiencia Provincial de Badajoz: sentencia de 22 de enero de 2010 (JUR 2010, 113743),

Audiencia Provincial de Baleares: sentencia de 9 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 90656)

Audiencia Provincial de Barcelona: sentencia de 20 noviembre de 2009 (AC 2010, 65), de 14 diciembre 2010 (ROJ SAP B 10778/2010), de 28 de febrero de 2011 (ROJ SAP B 3778/2011)

Audiencia Provincial de Burgos: sentencia de 21 de octubre de 2009 (JUR 2004, 475757)

Audiencia Provincial de Cádiz: sentencia de 28 de enero de 2010 (JUR 2010, 126002),

Audiencia Provincial de Castellón: sentencia de 8 de octubre de 2009

Audiencia Provincial de Ciudad Real: sentencia de 28 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 460635) y 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 36609)

Audiencia Provincial de Girona: sentencia de 30 de abril de 2009 (JUR 2009, 402309)

Audiencia Provincial de Granada: sentencia de 8 de febrero de 2008 (JUR 2008, 333076)

Audiencia Provincial de Guadalajara: sentencia de 14 junio 2011 (ROJ SAP GU 187/2011)

Audiencia Provincial de Huelva: sentencia de 13 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 129350),

Audiencia Provincial de Huesca: sentencia de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 74949),

Audiencia Provincial de Jaén: sentencia de 8 de julio de 2010 (ROJ SAP J 693/2010), de 23 diciembre de 2010 (ROJ SAP J 1490/2010)

Audiencia Provincial de La Rioja: sentencia de 3 de junio de 2008 (JUR 2008, 338803)

Audiencia Provincial de León: sentencia de 2 de febrero de 2011 (ROJ SAP LE 118/2011)

Audiencia Provincial de Madrid: sentencias de 4 de junio de 2007 (AC 2007, 1226), 19 junio 2007 (AC 2007, 1843), 9 julio 2007 (AC 207, 420), 11 julio 2007 (JUR 2007, 336743), 1 octubre 2007 (JUR 2007, 363163), 5 noviembre 2007 (JUR 2007, 40434), 26 noviembre 2007 (JUR 2007, 84397), 18 febrero 2008 (JUR 2008, 136216), 28 febrero 2008 (JUR 2008, 136291), 8 abril 2008 (JUR 2008, 189148), todas ellas del mismo Magistrado Ponente Mariano Zaforteza Fortuny; y sentencias de 30 de julio de 2007 (JUR 2007, 355576) Ponente el magistrado Jesús Gavilán López; de 8 de julio de 2008 (JUR 2008, 292158) Ponente la magistrada Teresa Fernández de Córdoba Puente Villegas; de 7 de octubre de 2008 (JUR 2009, 27044) Ponente la magistrada Rosa María Carrasco López; de Madrid de 26 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 161689) Ponente Fernando Herrero de Egana y Octavio de Toledo; de Madrid de 26 de enero de 2009 (JUR 2009, 211470) Ponente el magistrado Carlos Cezón González; sentencia de 3 de febrero de 2011 (ROJ SAP M 2008/2011), de 10 de febrero de 2011 (ROJ SAP M 3046/2011)

Audiencia Provincial de Málaga: sentencia de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 179752)

Audiencia Provincial de Murcia: sentencias de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009, 236024) y 9 diciembre de 2009 (AC 2010, 80)

Audiencia Provincial de Palencia: sentencia de 25 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 86979)

Audiencia Provincial de Pontevedra: sentencia de 30 de julio de 2010 (ROJ SAP PO 1716/2010)

Audiencia Provincial de Salamanca: sentencia de 15 de junio de 2010 en el recurso 283/2010 (ROJ SAP SA 310/2010), 20 de septiembre de 2010 en el recurso 459/2010 (ROJ SAP SA 445/2010), de 15 diciembre de 2010 ((ROJ SAP SA 634/2010)

Audiencia Provincial de Segovia: sentencias de 31 de julio de 2009 núm. 144 (JUR 2009, 399592) y núm. 149 (JUR 2009, 429848)

Audiencia Provincial de Sevilla: sentencia de 20 septiembre 2010 (ROJ SAP SE 2907/2010)

Audiencia Provincial de Tenerife: sentencia de 2 de marzo de 2011 (ROJ SAP TF 216/2011)

Audiencia Provincial de Toledo: sentencias de 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 332125) y 27 de enero de 2010 (JUR 2010, 113381)

Audiencia Provincial de Valencia: sentencias de 12 noviembre 2007 (JUR 2009, 85083), 22 de abril de 2008 (JUR 2008, 187683), 29 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 181015), y sentencias de 6 de marzo de 2009 (AC 2009, 894), 29 de mayo de 2009 (JUR 2009, 378060), 12 de junio de 2009 (JUR 2009, 377407) y 20 noviembre 2009 (JUR 2010, 108948), Ponente en todas ellas la Magistrada María del Carmen Escrig Orenga; sentencias de 22 abril 2010 (ROJ SAP V 3001/2010), de 19 de mayo de 2010 (ROJ SAP V 3030/2010), sentencias de 31 de marzo de 2011 en el recurso 965/2010 (ROJ SAP V 2229/2011) y en el recurso 916/210 (ROJ SAP V 2815/2011)

Audiencia Provincial de Zaragoza: sentencia de 23 de octubre de 2009 (JUR 2009, 476180)

4. Análisis y compatibilidad con el Derecho español.

Según hemos podido comprobar, el incumplimiento de las obligaciones en una relación jurídica tiene en los PECL un concepto unitario²²⁸ y designa todo defecto en el cumplimiento (tanto si es total, como parcial o defectuoso) y sea cual sea la causa (justificado o no); otra cosa serán las consecuencias del incumplimiento en cuestión y los remedios de que dispondrá el perjudicado para satisfacer su pretensión ante la prestación incumplida o buscar el reequilibrio de la relación.

Los remedios o recursos que el sistema de los PECL ofrece al perjudicado (siempre que no sea él mismo quien lo haya provocado) frente al incumplimiento contractual (de cualquier modalidad de contrato y de cualquier tipo de incumplimiento) vienen establecidos en función de si se da alguna circunstancia que lo justifique o no:

- (i) En caso de no justificación del incumplimiento, el perjudicado podrá utilizar todos los remedios del capítulo 9; es decir (a) exigir el cumplimiento específico; (b) suspender su propia prestación; (c) resolver el contrato; (d) reducir el precio; y (e) exigir los daños y perjuicios causados

Todos estos recursos se pueden reconducir realmente a tres: el cumplimiento específico, la resolución y la reclamación de daños y perjuicios, y precisamente son estos los recursos a que faculta el art. 1124 CC cuando dispone en su apartado 1 que en las obligaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de su resolución para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le

²²⁸ Siguiendo el modelo ya trazado por la CISG

incumbe, pudiendo el perjudicado “escoger” entre (i) exigir el cumplimiento (cumplimiento específico) o (ii) la resolución de la obligación, (iii) con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

- (ii) En caso de incumplimiento justificado (según las causas de justificación que el propio sistema establece en el art. 8:108), el sistema de los PECL –art. 8:101(2) otorga al perjudicado cualquiera de los recursos del incumplimiento no justificado, excepto el de cumplimiento específico y el de la reclamación de daños y perjuicios.

En nuestro ordenamiento positivo, el art. 1101 CC sujeta a indemnización de daños y perjuicios el incurrir en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones, o cuando de cualquier modo se contraviene su tenor, pero el art. 1105 CC exonera de responsabilidad en “aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (casos fortuitos y de fuerza mayor). Y por vía jurisprudencial se exonera también de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones cuando se han producido alteraciones en las circunstancias que dan lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, de construcción jurisprudencial, tomando como base los arts. 7 y 1258 CC.

En el sistema de los PECL, en el art. 8:101 (2) se establece que cuando el incumplimiento pueda justificarse según el art. 8:108 (exoneración por imposibilidad en el cumplimiento), puede el perjudicado acudir a cualquiera de los remedios del capítulo 9, excepto a exigir el cumplimiento específico (lo cual es lógico, si la justificación viene dada por haber devenido el cumplimiento imposible) y excepto a exigir daños y perjuicios, lo que resulta compatible con el sistema de nuestro ordenamiento positivo (art. 1105 CC). Y se equipara al cumplimiento imposible (art. 6:111 PECL) cuando el cumplimiento resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias sobrevenido imprevisible e inevitable.

Por tanto, aun tratándose de sistemas diferentes en cuanto a la estructura y conceptual del incumplimiento, las soluciones resultan compatibles.

Una diferencia, quizás, pueda encontrarse en la solución de casos en los que, por el cambio y alteración de las circunstancias sobrevenidas, imprevistas e inevitables, se equipare la situación al incumplimiento justificado por imposibilidad del cumplimiento (por virtud de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, y por virtud del art. 6:111 PECL), en que expresamente el sistema de los PECL obliga a una negociación previa de adaptación del contrato antes de ponerle fin, sancionando con la atribución de responsabilidad por daños y perjuicios a la parte que se niegue a esa negociación o que rompa la negociación de mala fe, y, en cambio, en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no venga jurisprudencialmente prevista esta exigencia (de previa y preceptiva negociación de la adaptación del contrato antes de ir directamente a la resolución),

aunque apunta quizás en esa dirección la STS de 18 de enero de 2013 (ROJ STA 679/2013), cuando en su FD 8 argumenta que “[L]a influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos”, al hablar de que la jurisprudencia admite en nuestro sistema los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares –con cita de sentencias que datan ya de 31.10.1963, 15.03.1972, 16.06.1983....

El art. 8:102 PECL contempla la posibilidad de acumular los medios de tutela frente al incumplimiento de la obligación y declara que, los que no sean incompatibles (v.gr., ante el incumplimiento por imposibilidad de cumplimiento, no se podrá reclamar el cumplimiento específico, ni tampoco la reclamación de daños y perjuicios de los que viene exonerado), “pueden acumularse” y cita en particular el derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tenga derecho el perjudicado.

En nuestro ordenamiento viene a ser esto mismo lo que establece el art. 1124 CC cuando dispone que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución, “con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”, y que “[T]ambién podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

El art. 8:103 PECL, siguiendo el concepto y criterios del art. 25 CISG, recoge el primero de los supuestos de incumplimiento resolutorio, que viene dado por el “incumplimiento esencial”, que lo es para el contrato en tres supuestos alternativos: (a) cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato; (b) cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) o cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

En nuestro ordenamiento, ya hemos visto que tradicionalmente se exigía por la jurisprudencia para la existencia de un incumplimiento resolutorio de las obligaciones recíprocas –interpretando el art. 1124 CC- que el incumplidor manifestara en su actuación incumplidora una voluntad “deliberadamente rebelde” al cumplimiento; se tomaba como patrón para su calificación como tal la voluntad del incumplidor, y, poco a poco, aplicando matices a esas concretas actuaciones de la voluntad, según los casos, se ha ido pasando a un criterio objetivo de la frustración del propio contrato, tomando como comparación el contrato y su finalidad para la satisfacción de las expectativas del acreedor, que es el criterio actual y el que nuestra jurisprudencia compara y nota que es acorde a los criterios

actuales que se plasman en estos textos (citando a los PECL, a los Principios Unidroit, y a la CISG).

A nuestro entender, habría una absoluta compatibilidad del art. 8:103 PECL con nuestro ordenamiento jurídico, máxime si tenemos en cuenta que la fuente de los PECL en esta institución ha sido la CISG y ésta forma parte de nuestro ordenamiento por virtud del Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 (BOE del 30 de enero de 1991).

Hemos de llamar la atención a que el art. 8:103 PECL contempla tres supuestos alternativos de incumplimiento esencial, y, por tanto, resolutorio de las obligaciones en una relación sinalagmática. Cualquiera de los tres supuestos daría lugar a la resolución del contrato. Sin embargo, si realmente el criterio para calificar al incumplimiento de resolutorio es la frustración de la finalidad del contrato, fundamentalmente para las expectativas del acreedor, no tiene razón de ser que la “inobservancia estricta de la obligación”, aunque pertenezca a la causa del contrato, constituya incumplimiento esencial (según el supuesto primero) si no se da el supuesto del apartado siguiente, si no priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, porque podría darse el caso, aunque fuera un supuesto difícil y excepcional. De hecho, en el Borrador del Marco Común de Referencia (art. III.-3:502 [2] DCFR) se formula el incumplimiento esencial reconduciéndolo a los supuestos (b) y (c) del art. 8:103 PECL, es decir, (a) si priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato..., y (b) si es intencional o imprudente y da motivos al acreedor para entender que ya no podrá confiar en el cumplimiento futuro del deudor.

La posibilidad de que el deudor corrija su prestación defectuosa (ante una oferta de cumplimiento que no se ajuste al contrato) se posibilita por el art. 8:104 PECL, mientras la obligación no haya vencido o en tanto el retraso en el cumplimiento no suponga un incumplimiento esencial.

En nuestro ordenamiento puede incardinarse esta posibilidad, y por tanto sería compatible, en el art. 1100 CC, que no declara en mora al deudor sino a partir de que el acreedor le exija el cumplimiento de la obligación, judicial o extrajudicialmente, y declara que en las obligaciones recíprocas ninguno incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe, siendo que empieza la mora para el otro cuando uno cumple su obligación.

Además, si la obligación dimana de la venta de bienes inmuebles, el art. 1504 CC prescribe que “... aun cuando se hubiera 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...”

En el art. 8:105 PECL se establece la posibilidad de exigir al deudor que preste garantía del cumplimiento de su obligación cuando el acreedor razonablemente crea que incumplirá y, entre tanto, puede dejar en suspenso el acreedor su contraprestación, y si, no obstante la petición de garantía, el deudor no la presta, y persiste la creencia razonable del incumplimiento, podrá el acreedor comunicar la finalización del contrato.

En nuestro ordenamiento se ofrece una posibilidad de este tipo en las obligaciones a plazo, para los casos de insolvencia del deudor (art. 1129 CC)²²⁹ y en los supuestos de compraventa (arts. 1467²³⁰, 1502²³¹ y 1503²³² CC), sin que encontremos impedimento alguno para entender la posibilidad de extensión a los contratos en general.

La previsión del art. 8:106 (1) PECL establece que en todos los casos de incumplimiento puede el perjudicado conceder a la otra parte una prórroga para proceder al cumplimiento, comunicándole esta decisión, lo que no hay ningún inconveniente en que lo acepte también nuestro ordenamiento en virtud de que se trataría de un acto de libre disposición de su derecho del propio perjudicado. La siguiente previsión (art. 8:106 [2]) viene a ser un supuesto de la regla anterior (8:105) y un supuesto del último párrafo del art. 1100 CC (en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe).

La previsión del art. 8:106 (3) PECL viene a dar carácter de incumplimiento esencial al incumplimiento del deudor en el plazo de prórroga concedido después del primer retraso, lo que también es compatible con la disposición del art. 1100

²²⁹ Art. 1129 CC Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º) cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º) cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; 3º) cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras

²³⁰ Art. 1467 CC Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.

²³¹ Art. 1502 CC Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.

²³² 1503 CC Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el art. 1124.

CC de que, salvo excepciones, no se incurre en retraso resolutorio sino desde que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación, y con el penúltimo párrafo del art. 1124 CC, que impone a los tribunales decretar la resolución que se le reclama “a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

La regla del art. 8:107 PECL posibilita confiar a un tercero el cumplimiento del contrato, pero sigue siendo en todo caso responsable del correcto cumplimiento del contrato frente al acreedor.

En nuestro ordenamiento, el art. 1157 CC dispone que no se entiende pagada una deuda sino cuando completamente se cumple, cumplimiento que según el art. 1158 CC puede hacerlo “cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor”; pero en las obligaciones de hacer (art. 1161 CC), como es lógico, no podrá ser compelido el acreedor a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación.

La regla del art. 8:108 PECL contempla la justificación del incumplimiento debido a imposibilidad fortuita que queda fuera del control del deudor y que no podía haberse previsto de manera razonable, exonerándole de responsabilidad; y es la misma exoneración de responsabilidad a que se refiere el art. 1105 CC cuando el incumplimiento se debe a sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables (casos fortuitos y de fuerza mayor).

Por último, la regla del art. 8:109 PECL posibilita que las partes puedan excluir o limitar los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento, salvo que la exclusión o limitación sea contraria a la buena fe.

Esta permisividad viene dada por la libertad de pactos que rige en el Derecho contractual, aunque siempre sometidos también al principio de la buena fe. En nuestro ordenamiento rige también aquella libertad y este principio, por lo que el art. 1102 CC declara nula la renuncia de la acción para exigir la responsabilidad procedente del dolo. Se ha de tener en cuenta también que el cumplimiento de los contratos no puede tampoco dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), y, en lo que respecta a la contratación con consumidores, también se ha de tener en cuenta la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993²³³, sobre cláusulas abusivas y en nuestro ordenamiento su transposición por la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

En el capítulo 9 recogen los PECL las distintas acciones o recursos con que cuenta el perjudicado ante un incumplimiento de la prestación que le es debida en cinco secciones: (1) exigir el cumplimiento específico; (2) excepcionar el incumplimiento de la contraparte –*exceptio non adimpleti contractus*–; (3)

²³³ DOCE L 095 de 21/04/1993, p. 0029-0034

resolución del contrato; (4) reducción del precio –*actio quanti minoris*–; y (5) exigir daños y perjuicios.

Todos ellos tienen, en términos generales, plena compatibilidad con nuestro ordenamiento, si bien, como veremos, los PECL contienen algunas precisiones particulares en algunos de ellos que no tienen formulación positiva, pero que los problemas que solventan se resuelven por otras vías consiguiendo los mismos resultados.

El art. 1091 CC dispone que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y “deben cumplirse al tenor de los mismos”; y el art. 1124.2 CC posibilita al perjudicado (cuando uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe) para “escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”.

Por tanto, mediante la interrelación de estos dos preceptos de nuestro ordenamiento, ante el incumplimiento de uno de los obligados, el otro tiene las acciones de exigir el cumplimiento específico (recurso 1), o la resolución (recurso 3), y en ambos casos exigir el resarcimiento de daños y perjuicios (recurso 5).

La *exceptio non adimpleti contractus* (recurso 2) viene construida por nuestra jurisprudencia que la considera implícita en los arts. 1466 y 1502 CC, que, para la compraventa, el primero exime al vendedor de la obligación de entrega de la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (art. 1466 CC) y el segundo, salvo pacto en contrario, exime al comprador del pago del precio (autorizándole a suspenderlo) cuando sea perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo, a no ser que se le afiance la devolución.

Y la *actio quanti minoris* viene prevista en nuestro ordenamiento en el art. 1486 CC (que autoriza al comprador para “optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos”), para los casos de vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando éstos “la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella” (art. 1484 CC).

Esta misma medida también fue introducida en nuestro ordenamiento por el art. 50 CISG, en el que se autoriza al comprador, en el caso de entrega de mercaderías no conformes al contrato, para rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese mismo momento las mercaderías que habrían sido conformes al contrato, si bien que esta medida es subsidiaria y entra en juego para cuando el vendedor no procede a subsanar el incumplimiento.

VI. OTROS CASOS DE APLICACIÓN DE LOS PECL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

A. Del capítulo 1 (deberes generales)

1. Art. 1:201 (buena fe): SSTS 4 julio 2006, 11 julio 1006, 12 diciembre 2011 y 20 enero 2014.

Esta regla de los PECL se encuadra en su primer capítulo, relativo a las disposiciones generales, después de establecer (sección primera) la finalidad, ámbito de aplicación y objeto de los PECL, en la sección segunda, como el primero de los deberes generales de las partes contratantes, con el siguiente tenor literal:

- (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
- (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Se trata de un principio general del Derecho contractual, básico, que se encuentra conectado a otras muchas reglas de del conjunto de los PECL. Al ser una declaración de principio básico, se encuentra a lo largo de todo el texto como exigencia a las partes no solamente de sus deberes para la formación, cumplimiento y ejecución del contrato, sino también en el ejercicio de los derechos propios de cada parte. Así lo encontramos, por ejemplo: en el art. 2:301, en el que se establece responsabilidad por la ruptura de las negociaciones de manera contraria a la buena fe, y en especial cuando una parte entabla negociaciones o las prosigue sin intención de llegar a un acuerdo con la otra parte; en el art. 2:302, relativo a la quiebra de la confidencialidad, obligando a las partes a no divulgar la información que reciban de la otra en el transcurso de las negociaciones del contrato y tampoco utilizarla para sus propios fines, aunque no llegue a celebrarse el contrato; en el art. 4:109, por el que se dispone como causa de anulación del contrato el beneficio excesivo o ventaja injusta de una de las partes sobre la otra, por dependencia, por confianza, por encontrarse en dificultades económicas u otras necesidades urgentes, por no tener capacidad de previsión o ignorancia, inexperiencia o carencia de capacidad negociadora, siempre que la parte contraria conociera o debiera haber conocido la situación en cuestión y se aproveche de la misma de manera claramente injusta, facultando al juez o tribunal que pueda adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haber sido acordado respetando el principio de la buena fe contractual; en el art. 6:102, que

autoriza a que un contrato pueda contener junto a las cláusulas expresas otras cláusulas implícitas derivadas de la buena fe (y también las derivadas de la intención de las partes y de la naturaleza objeto del contrato); en el art. 8:104, al permitir que, en caso de prestación defectuosa, el deudor pueda corregir y cumplir la obligación antes de su vencimiento o antes de que el retraso suponga un incumplimiento esencial; y en el art. 9:102, al permitir que, en las obligaciones no pecuniarias, pueda no exigirse el cumplimiento específico cuando -9:102 [2] [b]- fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables.

Se trata de un requisito exigido tanto para las negociaciones precontractuales, como para la formación del contrato, y también para su cumplimiento y ejecución. Según sus redactores, el objetivo que pretenden es reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales, por lo que es un principio básico que está en relación con prácticamente todos los derechos y obligaciones que se establecen para las partes, que deberán ejercitarse conforme a este principio.

Y también encontramos otras muchas reglas de los PECL en que se apela de manera expresa a la buena fe. El art. 1:102 [1], establece la libertad contractual, pero limitada por el respeto a la buena fe; el art. 1:106 [1], relativo a la interpretación e integración de los propios Principios, señala que ha de hacerse de acuerdo con sus objetivos; y añade en especial atender a la necesidad de favorecer la buena fe; el art. 1:302 define lo que debe entenderse por el término “razonable” para los Principios, que es lo que así entienda y considere como tal cualquier persona de buena fe en la misma situación que las partes contratantes (aquí, en el texto original se menciona solo la buena fe –*good faith*-, y no “*fair dealing*”); el art. 1:305 [b], al imputar a la parte representada el comportamiento de su representante cuando actúa no conforme a las exigencias de la buena fe; el art. 3:201 [3] confía en lo que razonablemente deduzcan los terceros de buena fe para entender apoderado al representante aparente (aquí también en el texto original se menciona solo la buena fe –*good faith*-, y no “*fair dealing*”); el art. 4:103 llama también a la buena fe para entender que existe un error de hecho o de derecho en el momento de concluir el contrato que autoriza su anulación, cuando una de las partes sabía o debía haber sabido que existía en la otra tal error y dejarle en el error fuera contrario a la buena fe; el art. 4:107 [1] considera que existe dolo capaz de anular el contrato cuando el consentimiento de la otra parte se ha obtenido ocultándole alguna información que no debía haberle omitido si hubiera actuado de buena fe; y para determinar si de acuerdo con la buena fe se había de comunicar una información concreta, señala que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias, y en especial, si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia, el coste de obtener la información, si la otra parte podía obtener razonablemente la información por sí misma y la importancia de la información; el art. 4:110 [1] reclama los principios de la buena fe para que pueda anularse una cláusula abusiva no negociada individualmente y contraria a dichos principios, si

produce un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes (pero esto no se aplica si la cláusula concreta el objeto principal del contrato –si está redactada de manera clara y comprensible- o se refiere a la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte); el art. 4:118 [2] permite que se excluyan o limiten las acciones previstas en caso de error o de información incorrecta, salvo que la exclusión o limitación sea contraria a la buena fe; el art. 5:102 [g] reseña las exigencias de la buena fe como circunstancia relevante para la interpretación del contrato; el art. 8:109, que permite excluir o limitar los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento, salvo que fuera contrario a la buena fe.

En los distintos ordenamientos de nuestro entorno se contempla este principio como rector del comportamiento de las partes en sus relaciones contractuales, pero la extensión del ámbito al que alcanza y su intensidad, varía bastante: desde una concepción germánica (§242 BGB), que lo extenderá en grado superlativo, hasta la concepción de los ordenamientos de Inglaterra e Irlanda, en que no se reconoce esta obligación general de las partes para comportarse en sus relaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe, pero que llegan a los mismos resultados mediante otras normas específicas²³⁴.

Buscar un origen y una definición precisa de este principio general que, como un lubricante especial, se encuentra esparcido desde sus orígenes en el engranaje de todo ordenamiento jurídico²³⁵, y en particular en el campo de la contratación, es un tema ya clásico en el Derecho y daría para emprender la formulación de más de un tratado. El campo de estudio es inmenso, tanto como ingente también es la producción de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales que se ha ocupado de su definición y de su configuración, quizás sin conseguirlo todavía, porque se trata de uno de los conceptos más complejos de definir. Y quizás también sea por eso que de siempre y hasta en la actualidad se ha venido mencionando muy frecuentemente, por la doctrina y por la jurisprudencia, pero sin definir y precisar su contenido, ni tampoco los parámetros para que nosotros encontremos esa precisa y exacta definición, pese a constituir el eje posiblemente del sistema de obligaciones y contratos en su regulación por todos los diferentes

²³⁴ Un ejemplo que nos citan sus redactores es la limitación que imponen los tribunales a que una parte que ha sufrido un pequeño incumplimiento ponga por ello fin al contrato, cuando lo que verdaderamente quiere es liberarse de una mala negociación (Hoenig v. Isaacs [1952] y Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. V. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962]; otro ejemplo es el de un arquitecto que no puede decidir que no se lleve a cabo un determinado trabajo, con la finalidad de pasarle el trabajo a otro contratista dispuesto a cobrar menos (Carr v. JA Berriman Pty Ltd [1953], Australia). En realidad, el principio básico de la buena fe que se declara por el art. 1:201 PECL ya se encuentra presente en las resoluciones de los tribunales ingleses, aunque de manera más débil, sin que pueda prevalecer contra otras disposiciones claras pactadas a las que pudiera enfrentarse.

²³⁵ La STJCE –Gran Sala- de 3 de junio de 2008 (RJ 2008, 123) le ha llamado “[p]rincipio consuetudinario... que forma parte del Derecho internacional general”.

ordenamientos nacionales y por todos los proyectos de armonización legislativa, como es la CISG, o los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales y los PECL.

En el art. 7.1 CISG se establece que “en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

En los Principios Unidroit, el art. 1.7 obliga a las partes a “actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”²³⁶, deber que “no pueden excluir ni limitar”. También se acude a la buena fe y lealtad negocial para la integración del contrato en el art. 4.8 de los mismos Principios, a los efectos de determinar cuál es el término más apropiado, cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones; para establecer asimismo que de la buena fe y de la lealtad negocial pueden derivarse obligaciones implícitas –art. 5.1.2 PUCC.

Y como principio general –con idéntico tenor al del art. 1.7 PUCC- también ya hemos transcrito antes que el art. 1:201 PECL establece (1) que “[C]ada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”; y “(2) [L]as partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Puesto que estos textos internacionales, así como nuestro ordenamiento, han bebido de la misma fuente, y puesto que, como ya se ha dicho también antes, el TJCE también le llama “principio consuetudinario”, creemos oportuno acudir a ella fuente tradicional y recordar de modo breve lo que ha sido este principio de la buena fe en la Historia del Derecho Romano, en el que, a estos efectos, podemos señalar dos etapas, y en cada una de ellas el término nos vendrá con significados diferentes.

En la etapa clásica, la buena fe sirve para distinguir entre las acciones o juicios de buena fe, de aquellos otros que se suelen llamar juicios de derecho estricto, siendo así la buena fe una determinada cualidad de la fórmula, una cláusula especial –el *oportere ex fide bona*- que insertaba el pretor en la *intentio*, para permitir al juez determinar la condena con mayor libertad, haciendo una interpretación amplia del contenido de la fórmula y de lo realmente convenido por ambas partes.

La principal característica de las acciones de buena fe es que, en su fórmula, se indicaba al juez que –*si paret*- condenara al demandado a todo lo que, por causa

²³⁶ Regla esta que parece haberse servido de fuente en el *Restatement on contracts* (segunda edición § 205) de los Estados Unidos, aunque aparentemente más amplio el principio en la fuente, toda vez que se dice que el contrato impone a cada parte el deber de guardar la buena fe y lealtad durante las negociaciones, en la celebración del contrato y en su ejecución...

del contrato en cuestión, debiera dar o hacer según la buena fe (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*).

La buena fe aquí no era la causa de la que derivaba la obligación contractual –la obligación contractual derivaba de la “*fides*”, de la lealtad a la palabra dada, del vínculo que nace de la palabra dada, del ligamen a las propias declaraciones, del cumplir lo que se prometió, haciendo honor a la palabra empeñada²³⁷–; la buena fe aquí es un criterio de decisión que la fórmula le ofrece al juez para que condene a todo lo que deba dar o hacer según la buena fe, es decir, debiendo determinar el monto de la condena, previa comprobación, no solo si las partes cumplieron o no sus obligaciones contractuales –la *fides*–, sino si cumplieron lo realmente convenido, y si lo cumplieron bien, con honradez, con diligencia, y, siendo el contrato una relación bilateral, comprobando no sólo lo que el demandado deba al actor, sino también lo que el actor debe al demandado por causa del mismo contrato, para, en su caso, condenar por el saldo resultante (compensación).

Con Justiniano deja de contemplarse la buena fe como ese modo de juzgar en determinadas acciones; ya no se predica la buena fe como una cualidad de la fórmula o método de juzgar, sino que se convierte en un principio jurídico del que derivan reglas de conducta. Se sustituye la expresión juicios o acciones de buena fe, por la de contratos de buena fe (*bonae fidei contractus*), constituyéndose en el principio rector de los contratos; y la acción contractual deviene la consecuencia de la conducta que rompía este principio rector; la buena fe ahora es ya una regla de conducta, es fuente de deberes, es un principio sustantivo e imperativo del ordenamiento jurídico, entendiéndose por “*bona fides*” la lealtad recíproca de las partes en el contrato, “que funciona como referente para exigir en los contratos un modelo de conducta, cuya exigencia no es el mero comportamiento honesto, que se espera de quien cierra un trato, sino el respeto y la observancia de una especial diligencia en el cumplimiento de las prestaciones que encierra el contrato”²³⁸.

Y sobre esta concepción justiniana de la buena fe, como principio jurídico o regla de conducta, es sobre la que se han construido los conceptos modernos, pero sin determinar su contenido y sin definir cuáles son los comportamientos exigidos por la buena fe. En todos los ordenamientos jurídicos está presente esta misma idea justiniana de la buena fe como principio jurídico y como nervio de la contratación, que, aunque no se haya pactado expresamente en el contrato, exige de las partes un modelo de conducta, consistente, no solo en un comportamiento honesto, sino también diligente en el cumplimiento de las obligaciones.

²³⁷ CICERÓN define la “*fides*” con estas palabras. “*nomen ipsum mihi uidetur habere, cum fit quod dicitur*”. De off. 1,7,23; de re publ. 4,7

²³⁸ Vid. TERESA GIMÉNEZ-CANDELA Derecho Privado Romano, Valencia 1999, 447

En nuestro ordenamiento, hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 31 de mayo de 1974, la buena fe contractual venía establecida por el art. 1258 CC en que se dispone la obligación de cumplimiento en los contratos, no sólo de lo expresamente pactado, sino también de “todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Se trata de un precepto que sirve de integración del contrato, que introduce la “*fides*” en el contrato, como fuente de obligación, junto a la autonomía de la voluntad y al uso y a la ley, aunque no se hubiera expresamente convenido en el contrato.

Y con un ámbito limitado a los contratos mercantiles, y no como norma integradora, sino relativa al cumplimiento y ejecución del contrato, el art. 57 CCo dispone que los contratos mercantiles “se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas...”

En nuestro ordenamiento jurídico actual, es mediante la reforma del Título Preliminar del Código Civil que se introduce a nivel normativo el principio general de la buena fe, y no solo ya para el cumplimiento de las obligaciones contractuales –que ya estaba positivado en el art. 1258 CC-, sino para todo ejercicio de derechos (“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”).

Y esta es la regulación normativa de nuestro ordenamiento en relación al principio de la buena fe contractual, que, como los demás ordenamientos de su entorno, no contiene una definición de su contenido, sino que se limita a su pronunciamiento como principio o norma general de obligado cumplimiento y a su establecimiento en otros variados lugares del mismo cuerpo normativo, así como también en otros cuerpos legales, en determinados supuestos que vendrán a ser el reflejo de su aplicación.

En nuestro ordenamiento, por tanto, podemos decir que esta regla del art. 1:201 PECL se cubre con lo establecido en los arts. 1258²³⁹ y 7²⁴⁰ del Código Civil y en el art. 57²⁴¹ CCo, interpretados todos ahora a la luz de esta regla según se nos dice

²³⁹ Art. 1258 CC Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe...”

²⁴⁰ Art. 7.1 CC Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

²⁴¹ Art. 57 CCo. Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

que se permite por distintas sentencias del Tribunal Supremo que pasamos a reseñar y a comentar brevemente a continuación.

a) STS de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080; ROJ: STS 4079/2006)- Ponente: Encarnación Roca Trías

La cuestión litigiosa versa sobre reclamaciones mutuas entre una compañía naviera alemana –DSR–, dedicada al transporte marítimo de mercaderías en régimen de línea regular, como demandante, y, como demandada, y demandante en reconvencción, una compañía española –MARTICO–, que pugnan a consecuencia de la resolución por la primera del contrato de agencia marítima suscrito entre ambas (al que, según expresamente convenían le era de aplicación el derecho alemán, por acuerdo de ambas partes).

El contrato se había celebrado por tiempo indefinido, pero la naviera alemana lo resuelve al entender que no se habían cumplido los requisitos formales establecidos en una de las cláusulas, dándose inicio a conversaciones sobre la liquidación de los importes pendientes entre ambas compañías, Tm abte el desacuerdo, acaban con demanda de la naviera pidiendo el pago de determinadas cantidades que entendía se le adeudaban. La empresa española se opone y, a su vez, reconviene alegando que habían existido incumplimientos parciales por parte de la empresa alemana que le habían ocasionado determinados daños y perjuicios (gastos y beneficios dejados de percibir como consecuencia de la resolución del contrato, pérdida de mercado y de prestigio), debido todo ello –entendía- a la mala fe de la naviera en el cumplimiento del contrato.

El Juzgado de instancia²⁴² estima ambas demandas (la principal y la reconvenccional); la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3ª), en Sentencia de 26 de abril de 1999, confirma los puntos esenciales y, a las indemnizaciones concedidas en la instancia, añade unos porcentajes indemnizatorios a favor de la petición reconvenccional (todo ello en base a que se había acreditado en ambas instancias que DSR había actuado con mala fe, especialmente en el último período de la vigencia del contrato de agencia marítima).

La naviera alemana interpone recurso de casación con fundamento, entre otros motivos, en infracción, por aplicación incorrecta, del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, positivado en el art. 1258 CC, coincidente, a juicio de la recurrente, con lo establecido en el § 242 del Código civil alemán (BGB); y

²⁴² 1ª Instancia 3 de Bilbao, en Sentencia de 8 de octubre de 1996, autos de mayor cuantía núm. 643/1994.

en infracción, por aplicación indebida, del principio de la buena fe positivado en los artículos 1258 y 7.1 CC, así como en el art. 57 del CCo.

Lo que realmente reclama la naviera alemana es que, a su juicio, debería haberse aplicado la normativa reguladora del contrato de agencia, de modo que no se podría haber solicitado una indemnización específica por conceptos como desprestigio profesional o pérdida de posición en el mercado, por la inseguridad que ello representa.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo relativo a la incorrecta aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, que dice la recurrente positivado en el art. 1258 CC, por varias razones.

En primer lugar, porque, la demanda se basaba en la aplicación al contrato del derecho alemán, y, como no estaba segura la recurrente de que pudiera plantearse un recurso de casación sobre un derecho extranjero, intenta ahora convencernos de que invocaba un principio común a los dos ordenamientos, el de la buena fe contractual del art. 1258 CC, lo que supone modificar la demanda e incurrir en por ello en un vicio prohibido en casación, pues de admitirse se produciría indefensión para la otra parte. En definitiva, lo que invocaba en su acción la recurrente era la aplicación del derecho alemán, sin que sea permitido el cambio de la norma para fundar un recurso de casación.

En segundo lugar, porque, lo que considera el tribunal que en realidad se ataca por la recurrente, es la prueba producida en las anteriores instancias, que consideraron probada la actuación no conforme con el principio de la buena fe contractual, pero apreciar si una conducta se ajusta a la buena fe requerida en los tratos entre comerciantes “es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los tribunales de instancia...”; o –dice– como afirma la Sentencia de 25²⁴³ de mayo de 2006, “[E]l principio de buena fe, a partir de su introducción en nuestra normativa jurídica general, a través del art. 7.1 del Código civil, para poder ser reputada concurrente o no desde el punto de vista subjetivo como objetivo, debe ser valorado libremente por el Tribunal de Instancia, en relación a unos hechos determinados y dicha valoración ha de ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica...”.

En tercer lugar, porque el art. 1258 CC es una norma de significado tan genérico que no puede servir como motivo de casación la alegación de su infracción (SSTS de 19.02.2001, 14.02.2002, 24.10.2005...).

²⁴³ En el texto de la sentencia se dice por error que es del día 11 de mayo, y con el mismo error se va arrastrando en las posteriores sentencias que utilizan este mismo argumento y su cita, como son las SSTS de 27.03.2007 (ROJ 1968, 2007), 9.10.2007 (ROJ 6166, 2007), 13.05.2009 (ROJ 2887, 2009)...

Y a mayor abundamiento argumenta también el Tribunal Supremo (FD 6) que no existe la razón de semejanza que se alega entre el art. 1258 CC y el § 242 BGB. Y es en el desarrollo este argumento que la Sala trae a colación los PECL y, en concreto, esta regla del art. 1:201.

Explica la Sala que:

“Efectivamente, el artículo 1258 CC contiene una norma de integración del contrato, dirigida tanto al deudor, como al acreedor, para determinar el alcance de las prestaciones contractuales, mientras que el § 242 BGB contiene una norma dirigida al deudor, que le obliga a <<guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella>>. El texto del § 242 BGB establece que <<el deudor está obligado a cumplir la prestación de acuerdo con las exigencias de la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico>> (Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern). Esta norma aparece actualmente recogida en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho europeo de contratos y en el art. 1.7 de los Principios Unidroit relativos a los contratos de comercio internacional, así como en el art. 4.1 de la Directiva 86/653/CE. El § 242 BGB impone por tanto una obligación al deudor que podría ser semejante a lo establecido en el art. 7.1 CC y el art. 57 Código de comercio, pero no al artículo 1258 del Código civil”.

Además, con los mismos argumentos rechaza el Tribunal Supremo la también alegada infracción del art. 57 CCo, añadiendo que el art. 17.1.c) de la Directiva 86/653/CE no impide al agente “reclamar por daños y perjuicios causados por el empresario además de las otras establecidas por falta de preaviso y clientela, como así también establece el art. 89b.1 del Código de comercio alemán.

El interés de esta sentencia no está en la reafirmación que hace de la naturaleza jurídica de la buena fe (FD 5), que reitera que es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los tribunales de instancia y que, como tal, a partir de su introducción en nuestro ordenamiento como principio general a través del art. 7.1 CC, su concurrencia, ya sea desde el punto de vista subjetivo como objetivo, debe ser valorada libremente por los tribunales de instancia, en relación a unos hechos determinados, y respetada en casación, a no ser que sea irracional o falta de lógica.

Tampoco está su interés en el desenlace que hubiera tenido el recurso de haberse considerado la razón de semejanza invocada por la empresa recurrente entre el § 242 y el art. 1258 CC, por cuanto que en todo caso habría operado la inadmisibilidad de la revisión de los hechos en casación (y cuestión de hecho es, como decimos, la concurrencia o no de buena fe contractual), sino que el interés lo ciframos en que, siendo aplicable a la cuestión litigiosa el derecho alemán, se

invoca en el recurso por la empresa recurrente una razón de semejanza entre el § 242 y el art. 1258 CC, que la Sala dice inexistente.

Se argumenta en la sentencia que el art. 1258 CC contiene una norma de integración del contrato, dirigida tanto al deudor como al acreedor, para determinar el alcance de las prestaciones contractuales; y que, sin embargo, el § 242 BGB contiene una norma dirigida solo al deudor, que le obliga –y traduce- a cumplir la prestación de acuerdo con las exigencias de la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico, norma esta que –dice- aparece recogida en el art. 1:201 PECL y en el art. 1.7 PU. Y afina que el § 242 BGB impone una obligación al deudor que podría ser semejante a la establecida en el art. 7.1 CC y en el art. 57 Ccom, pero no a lo establecido en el art. 1258 CC.

Sin embargo, y con el máximo respeto al Tribunal, hemos de disentir en la apreciación que se hace relativa a que el § 242 BGB imponga ese deber de prestación del cumplimiento de la obligación, acorde a las exigencias de la buena fe, dirigido solamente a una de las partes de la relación obligatoria cuando ésta es sinalagmática o recíproca, entendiendo nosotros más bien que cuando la norma alemana refiere el término “deudor” lo esté haciendo ciertamente a la parte de la relación obligatoria en su actuación de cumplimiento de la obligación (posición pasiva), pero en esa relación obligacional, cuando es recíproca, intervienen ambas partes como deudoras la una para con la otra (ambas ostentan también una relación pasiva para con la otra), como es el caso de la relación contractual, porque establecida esta relación entre A-B, A es deudor para con B al tiempo que B es deudor también para con A; y es en esa respectiva obligación de cumplimiento de sus obligaciones que cada parte, como deudores la una de la otra, deben actuar sometidas a las exigencias de la buena fe según los usos del tráfico comercial que le impone el § 242 BGB.

Otra cosa es que, ciertamente, el § 242 BGB se refiere a las obligaciones en general, y no en particular a las obligaciones contractuales, y que a éstas se refiere en igual tenor literal el § 157 BGB, con función de interpretación “integrativa” del contrato, de manera que el primero vendría a utilizarse como norma para la ejecución de la prestación y el segundo para la interpretación del contrato, con más similitud a la función del art. 1258 CC. Pero aunque el código alemán separa estos dos campos en la aplicación de la buena fe, el sentido originario del § 242 BGB entendemos que ha ido evolucionando y ampliándose por la doctrina y por la jurisprudencia, hasta convertirse en un principio rector del ordenamiento jurídico en general, utilizado, por ejemplo, como fundamento de la teoría de la desaparición de la base del negocio. E incluso ambos párrafos (157 y 242) proceden de una formulación inicial conjunta en el proyecto, semejante al contenido del art. 1258 CC español²⁴⁴.

²⁴⁴ Vid. MANUEL GARCÍA AMIGO Consideraciones a la buena fe contractual (1) La Ley 1919/2001

Por tanto, entendemos –en contra del criterio de la resolución judicial- que sí que la norma alemana va dirigida tanto al deudor, como al acreedor, en sus respectivos comportamientos pasivos de deudores el uno para con el otro, en ese deber “de actuar de acuerdo a los requisitos de la buena fe, teniendo en cuenta los usos del tráfico” (§ 242 BGB), al igual que ambos también vienen obligados a cumplir el contrato “de buena fe” (art. 57 Ccom), no solamente según lo expresamente pactado, sino también “a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1258 CC).

Y este es también el alcance que representa el § 242 BGB para la doctrina y jurisprudencia alemana, y recogido en la conclusión de TEICHMANN (en el Soergel’s Kommentar, pág. 12), como que “el § 242 es concebido como base de un principio general independiente de la formulación legal, a tenor del cual los sujetos de una relación jurídica, sea el obligado, sea el derechohabiente, deben observar...”²⁴⁵

La razón de semejanza sí que aparentemente podría dudarse que existiera entre el § 242 BGB y el art. 7.1 CC, pues el primero se dirige –como ya hemos dicho- a la obligación del deudor (posición pasiva) en el cumplimiento de su obligación, y, sin embargo, el art. 7.1 CC se está refiriendo al ejercicio de los derechos (posición activa, no al cumplimiento de obligaciones), es decir, la exigencia del cumplimiento de la obligación por el acreedor al deudor; pero también aquí, y por los mismos argumentos, son ambas partes acreedoras de los respectivos cumplimientos recíprocos que surgen de la relación obligatoria.

Así también parece que lo consideran los comentaristas oficiales de los PECL cuando señalan que “el § 242 BGB alemán trata de lograr una especie de “moralización” de las relaciones contractuales... (...) establece en términos generales que el contrato debe cumplirse del modo que exige la buena fe... habida cuenta las prácticas habituales en el comercio”. Y, además, al analizar en sus notas la residencia de este principio general de la buena fe del art. 1:201 PECL en los ordenamientos nacionales, se señala por una parte el § 242 BGB para el ordenamiento alemán, y los arts. 7 y 1258 CC y 57 Ccom para el ordenamiento español.

Del tenor literal del § 242 BGB y del art. 1258 CC se desprende que ambos preceptos van dirigidos a imponer la buena fe contractual en el haz pasivo de la relación obligatoria, así como el art. 1:201 PECL, cuando se refiere al “actuar” de las partes, que habrá de entenderlo referido tanto para el cumplimiento de las obligaciones, como para la exigencia de ese cumplimiento (ejercicio de los derechos); y así, entonces, el art. 7.1 CC se debe entender dirigido con la misma finalidad al ejercicio de los derechos, a la acción de exigir el cumplimiento de las obligaciones, completando el ciclo de lo establecido en el art. 1258 CC, o, mejor,

²⁴⁵ Vid. M García Amigó, op. cit.

complementando el art. 1258 CC, pues con esa finalidad parece haber sido introducido en la modificación del Título Preliminar del Código civil, operada por su Texto articulado, según la parte expositiva del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, “como módulo rector del ejercicio de los derechos... no obstante las más amplias manifestaciones de ésta (de la buena fe). Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico”.

Por último, hemos de manifestarnos también contrarios al parecer del Tribunal en esta sentencia cuando afirma que el § 242 BGB está actualmente recogido también en el art. 4.1 de la Directiva 86/653/CE, porque esta Directiva de 18 de diciembre de 1986, se dirige a unas concretas y determinadas relaciones contractuales, a la relación entre empresarios y agentes comerciales, y no se encamina a la regulación de las obligaciones contractuales en general; este precepto en particular se refiere a que el empresario, en sus relaciones con el agente comercial, debe actuar de forma leal y de buena fe, un caso particular que es precisamente el tema de que trata la cuestión sometida a la consideración judicial del caso de autos, pues es la empresa naviera alemana DSR la que recurre en casación y a la que se le imputan en la instancia actuaciones no amparadas por el principio de la buena fe, pero no por ello puede afirmarse que esta concreta norma de la Directiva recoja el contenido del principio general de la buena fe que se establece en el § 242 BGB, sino que, como se ha dicho, sería una aplicación concreta o reflejo de la norma general en un caso particular –en el contrato de agencia-, y referida a una determinada obligación, la del empresario –la establecida en el art. 10.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia-, porque la misma obligación de sometimiento a la buena fe para el agente se establece en el art. 3.1 de la misma Directiva (trasladada a nuestro ordenamiento en el art. 9.1 del mismo texto legal antes citado). Y es quizás a la aplicación debida y correcta de esta concreta regulación de la buena fe para los contratos de agencia a la que se refiere la sentencia, pero no que se acoja en ellos la regulación de la norma alemana - el § 242 BGB.

En cambio, sí que, casi con el mismo tenor literal que el art. 1:201 PECL, recoge el art. 1.7 (1) de los Principios Unidroit el contenido de la norma alemana: “las partes deberán actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”, y (2) “no pueden excluir ni limitar este deber”.

b) STS de 11 de julio de 2006 (RJ 2006, 4977; ROJ 4453, 2006)- Ponente: Encarnación Roca Trías

Según los antecedentes del caso, la empresa CREALIA reclama daños y perjuicios que entiende le han sido causados por competencia desleal derivada de actos que considera de denigración y prohibidos por el art. 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, que establece que se considera desleal “la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”; y actos de esta naturaleza se declara probado que realizaron los agentes de la propiedad industrial y comercial que habían trabajado para la actora y que en un momento determinado, por disensiones entre las partes, se desmarcan y crean otra empresa a la que desvían los clientes de la actora, enviándoles cartas en las que explican que la actora era una mera intermediaria que no podía responsabilizarse legalmente ante las empresas de gestión de patentes y marcas, no inscrita en la Oficina Española de Patentes y Marcas, ni autorizada para desarrollar gestión alguna como empresa dedicada a la tramitación de asuntos de la propiedad industrial, ni que tampoco cumplía los requisitos necesarios impuestos por el Ministerio de Industria y Colegio de Agentes de la Propiedad Industrial para anunciarse y ejercer como Agencia de la Propiedad Industrial. Al recibir estas cartas, todos los clientes de la actora se pasan a la empresa creada por los demandados y la actora se ve obligada al cierre.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia 14 de Valencia, de 6 de julio de 1998, desestima íntegramente la demanda por falta de prueba; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 6) de 23 de julio de 1999, revoca la del Juzgado y estima en parte la reclamación.

Recurrida en casación la sentencia de la apelación, uno de los motivos del recurso es la infracción del artículo 5, en relación con el 9, ambos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal.

Examina la Sala en primer lugar los actos realizados por los recurrentes y calificados por la sentencia recurrida como denigratorios, que son los que están sancionados en el artículo 9 LCD, antes transcrito, y que ya la STS de 1 de abril de 2004 definía como “la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio”, considerando que habían sido correctamente apreciados por la sentencia recurrida.

Y, en segundo lugar, respecto a la infracción que se invoca del art. 5 LCD²⁴⁶, argumenta la Sala del Tribunal Supremo (FD 5), que esta norma contiene una

²⁴⁶ El art. 5 LCD en su redacción en vigor al tiempo de los hechos y de su enjuiciamiento, con el título de “cláusula general”, disponía que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”; posteriormente, en su redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el texto de este artículo 5 ha pasado a ser el art. 4.1, con el

disposición general, de acuerdo con la cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte obviamente contrario a las exigencias de la buena fe”, que viene a subrayar el contenido ético-social de las conductas y valores generales de honradez, propia responsabilidad y atenuamiento²⁴⁷ a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. Es una norma –dice la Sala refiriéndose al art. 5 LCD-

“que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, del mismo modo que realizan los artículos 6 y 7 Código Civil, el art. 57 Código de comercio y el artículo 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos... Esta disposición debe ser entendida como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen”.

Por lo que concluye, con cita de otras anteriores sentencias, que “... es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 LCD para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones”, y consta probado que la actuación de los recurrentes se ajusta plenamente a los actos de denigración tipificados como conducta desleal en el artículo 9 LCD, por lo que no puede entonces alegarse como infringido el art. 5 de la propia ley.

mismo título y texto. El actual art. 5 pasa a titularse “actos de engaño”, y tipifica las conductas que son desleales por engañosas: cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los aspectos que en el mismo precepto se enumeran, tales como la existencia o la naturaleza del bien o servicio; las características principales del bien o servicio (como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, etc., etc.); el alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta; el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; etc., etc.

²⁴⁷ El corrector del tratamiento de texto debe haber cambiado este término “**atenimiento**” en el texto de la sentencia del repertorio Aranzadi por el de “**avenimiento**”, pero la cita se corresponde con la misma cita que ya viene arrastrando el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 8.7.1981 (RJ\1981\3053) y en que considera que “*no hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el título preliminar del Código Civil, proporcionó a los Jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7.1 CC), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena...*”

El rechazo que hace la sentencia de la aplicación del art. 5 LCD²⁴⁸, porque es una norma de cláusula general que reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, cuando la conducta concreta acreditada en autos de la parte en cuestión ya estaba expresamente tipificada como tal acto desleal en el art. 9 LCD, es un rechazo acorde al principio de especialidad entre las normas –*lex specialis derogat generalis*–, que ya es de antiguo para nuestros tribunales un principio general del derecho (entre otras, en las SSTS de 11 de julio de 1950, 20 de abril de 1961 y 15 de junio de 1968, como más antiguas, y 11 febrero 2008 y 13 abril 1992, como más cercanas).

Y la llamada que hace la sentencia al art. 1:201 PECL no tiene más trascendencia que la de equiparar la característica de regla general del art. 5 LCD²⁴⁹ a la de los deberes generales de conducta que se contienen en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, como son el art. 6 y 7 del Código civil, o el art. 57 del Código de comercio, y que, precisamente por su generalidad, no son normas aptas del recurso de casación.

c) STS de 12 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8594/2011) – Ponente: Encarnación Roca Trías

El caso que se enjuicia trata de resolver una reclamación de responsabilidad extracontractual que formulan los demandantes contra la entidad bancaria BBV en reclamación de daños, porque en 1984 eran deudores del banco y éste ejercitó la acción hipotecaria correspondiente, pero suspendieron el procedimiento judicial para llegar al acuerdo de dar la finca en pago de parte de la deuda, al que llegaron, aunque no saldaron toda la deuda, y 17 años después, en marzo de 2003, a instancias de la propia entidad bancaria se reanuda el procedimiento de ejecución hipotecaria, con embargo del sueldo de los deudores, ahora demandantes, y la traba de determinados bienes, acción que no llega a prosperar ante la excepción de prescripción que opusieron los ejecutados, por lo que el Juzgado decreta el archivo y ordena el alzamiento de las trabas.

Los ejecutados formulan a continuación demanda en reclamación de responsabilidad extracontractual por los daños materiales y morales ocasionados, consistentes en gastos de abogados y procuradores en una “injusta reactivación” del procedimiento ejecutivo, y daño moral por el sufrimiento psíquico y afectación a la imagen profesional y vida familiar de ambos cónyuges.

²⁴⁸ Art. 4.1 después de la reforma de 30 de diciembre de 2009

²⁴⁹ Art. 4.1 después de la reforma de 30 de diciembre de 2009

El Juzgado de instancia desestima la demanda, así como la Audiencia Provincial, al desestimar la apelación. Los argumentos de ésta fueron (a) que no se podía considerar abusiva la actuación del banco porque no se había probado en el procedimiento que la deuda estuviera totalmente saldada, (b) que por el transcurso de los 17 años habría prescrito la acción para el ejercicio de la acción, y con ello la extinción de la acción, pero ello no implica el cumplimiento de la obligación, de tal modo que no entiende como una acción abusiva generadora de responsabilidad el hecho de solicitar la reanudación del procedimiento ejecutivo por una deuda que no constaba abonada, aunque a la postre prosperara la excepción de prescripción y (c) porque para la viabilidad de la acción de responsabilidad extracontractual se exige acreditar sin ningún género de duda que el banco ha actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia.

El Tribunal Supremo estimará el recurso de casación el entender que el banco había actuado con un retraso desleal en el ejercicio del derecho, contrario al art. 7.1 CC, en el que se recoge como principio general que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, pero positivado en un principio que impone deberes a los titulares de los derechos, y entre ellos el deber de no ejercitar los derechos con retraso desleal, lo que se enuncia diciendo que “un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho”. Y es al hilo de estos argumentos que trae la sentencia a colación que,

“[E]n el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios Unidroit, en los arts. 1106 y 1201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I.-1:103 (2) del DCFR..., “en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas” (trad. Propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB, referido a la buena fe”.

d) STS Pleno 840/2014, de 20 de enero (RJ 2014, 781) (ROJ STS 354/2014) – Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

Se trata de una sentencia del Tribunal Supremo dictada en Pleno y en relación al alcance de los deberes de información y asesoramiento de las entidades que comercializan servicios financieros para con su cliente, salvo que se trate de un

inversor profesional, porque la complejidad de estos productos financieros (en el caso de autos, un swap) propicia la necesidad de proteger al inversor minorista, no experimentado, en su relación con el proveedor de servicios financieros, necesidad que se acentúa al no limitarse las entidades financieras a comercializar el producto, sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la aséptica información, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto, para lo que se ha dictado una determinada normativa específica, denominada MiFID (por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros –Markets in Financial Instruments Directive-), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera a sus clientes, deberes –dice la sentencia- que responden a un principio general:

“[t]odo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos..., cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica... buena fe contractual, dispone como deber general: (...) “Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.”

Todas estas resoluciones judiciales citan el art. 1:201 PECL para interpretar el contenido y alcance en nuestro ordenamiento del principio de la buena fe contractual, semejante asimismo al establecido en el art. 1.7 PUCC

El texto de las distintas normas y reglas que se mencionan en las resoluciones judiciales, es el siguiente:

Art. 1:201 PECL. “(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”²⁵⁰.

²⁵⁰ Las partes contratantes no podrán excluir por pacto, ni modificar sus efectos, por lo que el principio de la buena fe se presume siempre (letra F del comentario del texto), y, por tanto, la prueba de su infracción o ausencia corresponderá a la parte que alegue que la otra lo ha incumplido.

Art. 1.7 Principios Unidroit. Buena fe y lealtad negocial. (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

§ 242 BGB –actuación de buena fe- “el deudor está obligado a cumplir la prestación de acuerdo con las exigencias de la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico”, en traducción de la propia sentencia.

Art. 7.1 CC. “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Art. 1258 CC. “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Art. 57 Ccom. “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

Art. 5 LCD²⁵¹. “Cláusula general. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Según los comentarios oficiales que siguen en el Texto al art. 1:201 PECL, se recoge aquí la buena fe contractual y se declara como un principio general y básico que es requisito en la formación, cumplimiento y ejecución de los deberes de las partes derivados del contrato, así como en el ejercicio de los derechos derivados también de ese contrato, apareciendo después en otras disposiciones y reglas la aplicación práctica de este principio general, como es el caso del deber de las partes de no negociar un contrato si no se tiene intención real de llegar a un acuerdo (art. 2:301), el deber de no comunicar información confidencial recibida de la otra parte en el transcurso de las negociaciones (art. 2:302), el deber de no aprovecharse injustamente de la dependencia de la otra parte, de sus dificultades económicas u otros puntos débiles (art. 4:109). También se configura como un factor importante en la integración del contrato, por ejemplo para determinar la existencia de cláusulas implícitas (art. 6:102), o en caso de prestación defectuosa de la obligación conceder al deudor el derecho a cumplir correctamente antes del vencimiento (art. 8:104), así como el derecho a negarse a llevar a cabo una prestación específica si fuera a ocasionar al deudor esfuerzos y gastos desproporcionados (art. 9:102).

²⁵¹ Art. 4.1 tras la reforma y redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

El objetivo de esta regla de la buena fe contractual es –también según los mismos comentarios oficiales- reforzar los niveles generales de honradez, lealtad y razonabilidad en las transacciones comerciales (art. 1:302), pudiendo incluso prevalecer frente a otras disposiciones de los mismos Principios cuando atenerse a ellos de una manera estricta conduzca a un resultado manifiestamente injusto.

Consideramos importante señalar la diferenciación que hacen los propios redactores de esta regla entre la buena fe (*good faith*) y la lealtad en las transacciones (*fair dealing*): la buena fe implica honradez y lealtad, que son conceptos subjetivos, y se señala el ejemplo de que nadie estaría autorizado a ejecutar una acción que no le beneficie a él y cuyo único objetivo sea el de dañar a la otra parte; y la lealtad en las transacciones significa adoptar una rectitud o integridad en el obrar, que se traduce en un elemento objetivo, y pone el ejemplo del fabricante de coches que después de 51 años notifica con un mes de antelación a su distribuidor la resolución del contrato, porque así –con esa antelación de un mes- se había establecido cada año en la renovación de los contratos que podía denunciarse la resolución, en cuyo caso se considera que tiene el distribuidor derecho a indemnización porque en esas concretas circunstancias se trataría de un plazo de notificación demasiado breve.

En las notas oficiales que asimismo siguen en el Texto al art. 1:201 PECL se pone de manifiesto que el principio de la buena fe contractual se reconoce en los ordenamientos de todos los Estados miembros, aunque con diferencias de peso específico que van desde ordenamientos muy influenciados por este principio (como el alemán), hasta otros que no reconocen la obligación general de las partes de actuar según las reglas de la buena fe como principio general, pero que llegan al mismo resultado con reglas específicas (como los ordenamientos de Inglaterra e Irlanda); los demás se encuentran a caballo de uno y otro extremo.

En su análisis del §242 BGB, los comentaristas oficiales de los PECL señalan al respecto que este párrafo “establece en términos generales que el contrato debe cumplirse del modo que exige la buena fe (*Treu und Glauben*), habida cuenta de las prácticas habituales en el comercio”, lo que ha funcionado como una “supra-norma” que incluso puede modificar el efecto de otras disposiciones legales, si bien que se impide a los tribunales establecer en base a este principio un principio general de justicia material.

Respecto al ordenamiento español, se señalan en las notas oficiales, por una parte, el art. 7 CC (que impone el deber –dicen- de actuar conforme a la buena fe en el ejercicio de los derechos de cada uno), así como el art. 1258 CC (en el que se establece que los contratos obligan desde que se perfeccionan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y la ley), y el art. 57 Ccom (que exige a las partes que lleven a cabo los contratos mercantiles de acuerdo con las exigencias de la buena fe).

Del análisis que precede podemos concluir en que una norma como la del art. 1:201 PECL no es una novedad para nuestro ordenamiento jurídico, sino que, más bien, confirma que se trata de una regla ya contenida en los arts. 7 y 1258 CC y 57 Ccom, en que legalmente se da cuerpo al principio general de la buena fe contractual como una regla de conducta que se impone para la formación del contrato y que también deriva del contrato para su ejecución.

La buena fe contractual está positivada en nuestro ordenamiento, como venimos viendo, fundamentalmente en los arts. 7 y 1258 CC, al establecer que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que los contratos obligan a las partes a lo pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe...; y el art. 1:201 PECL determina que las partes de una relación obligatoria tienen el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin que puedan excluir ese deber, ni limitarlo.

Por tanto, ningún efecto nuevo produce en nuestro ordenamiento jurídico esta regla que recoge el art. 1:201 PECL, siendo su cita por la jurisprudencia una mera referencia de equiparación y confirmación en nuestro derecho del principio general, para refuerzo de sus argumentos.

Por lo demás, sigue sin solventarse en el texto académico –y lo echamos de menos- el difícil problema de la definición de este principio general y de delimitación de su contenido; no se nos dan los estándares que lo conforman, tanto en su concepción subjetiva, como objetiva, con lo que hemos de seguir aceptando el reenvío a normas éticas y a la conciencia social, conceptos jurídicos tan indeterminados que nos obligan a seguir en la inseguridad jurídica que supone el tener que estar en su aplicación al albur del criterio particular al caso concreto que adopten los tribunales en su enjuiciamiento.

No se ha avanzado más en la formulación de esta regla en los PECL, porque quizás también no sea otra tampoco la pretensión de sus redactores, sino que trasladar al texto académico la norma común de este principio general según lo positiván los ordenamientos estatales, y según lo entienden los derechos inglés e irlandés, haciendo uso de la equidad.

Qué significa la buena fe, a qué hace referencia, es algo a lo que ni las normas positivas estatales dan respuesta, ni tampoco el texto académico, y que, por tanto, habremos de seguir buscando en la doctrina ya abundante y reiterada de los tribunales.

Significa, (a) en unos casos, la creencia o convicción de la persona de que su comportamiento se ajusta a lo jurídico, por ejemplo, quien vende ignorando los vicios ocultos de lo que vende; (b) en otros casos, la buena fe se refiere a la confianza que tiene la persona en la apariencia jurídica de la relación obligatoria, por ejemplo, la típica cita del tercero hipotecario, la confianza en la titularidad registral del art. 34 LH, en que se dispone que el tercero que de buena fe adquiera

a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro²⁵²; la buena fe aquí debe ser entendida –así nos lo dice la STS 14.5.2008 –RJ 2008\3347- “como desconocimiento por parte del tercer adquirente de la inexactitud del registro [y] tiene un aspecto subjetivo; no estamos ante un deber moral o ético, sino ante el desconocimiento, lo que permite precisar que la buena fe se presume en virtud de una presunción legal iuris tantum que descarga la carga de la prueba de la mala fe a quien la impugna”; y (c) en otros casos, la buena fe se refiere a la lealtad, a la rectitud y honradez en el trato que deben propiciarse las partes en sus relaciones jurídicas y en la preparación, celebración, interpretación y cumplimiento de los negocios jurídicos; es la buena fe contractual –arts. 1107 y 1258 CC, y art. 57 CCo.

En nuestro ordenamiento, es muy amplia la reseña que los textos hacen a la “buena fe”; además, impregna todo el ordenamiento jurídico.

Es significativa, respecto a este principio general de la buena fe, la STS de 10 de mayo de 1869, al considerar que “es un principio universal consignado en nuestras leyes que el hombre debe usar de sus cosas sin causar daño ni perjuicio a otro, hallándose necesariamente limitado el ejercicio de todo derecho por los derechos de los demás”²⁵³; que “es el alma vivificadora de todo acto jurídico” (S. 17 noviembre 1928); y que “debe regir todos los actos de la vida humana...” (S. 28 octubre 1957).

Quizás para desvincular el término ‘fe’ de lo religioso, también se ha explicado que la buena fe es un medio de integración del contrato y que como norma interpretativa significa confianza, seguridad..., por lo que se refiere al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra fe, fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando en que ésta no le engañará (las sentencias de 9 de diciembre de 1963 y 24 de junio de 1969).

Reseñas legales sobre la buena fe, podemos señalar, sin agotarlas: en la accesión, los arts. 360, 361, 365, 375, 382 y 383 CC; en la compraventa, el art. 1473 CC; en el depósito, el art. 1778 CC; en daños y perjuicios, el art. 1107 CC; en el ejercicio de derechos, el art. 7 CC; en la integración del contrato, el art. 1258 CC; en la rescisión, el art. 1295 CC; en el mandato, el art. 1738 CC; en el matrimonio, los

²⁵² LUIS DÍEZ-PICAZO Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I, Thomson-Civitas, 6ª ed. 60 y ss.

²⁵³ Realmente sirve este principio de freno al clásico aforismo romano de que “*qui iure suo utitur neminem laedit*” y que después se plasmará en nuestro Derecho histórico en la regla de que “non faze tuerto a otro, quien usa de su derecho” (regla 14, del título 34 de la Partida VII).

arts. 61, 64, 78 y 79 CC; en la posesión, los arts. 433 a 436, 442, 451, 452, 454, 457 y 464 CC; el tercero hipotecario del art. 34 LH; en la prescripción ordinaria, el art. 1940 CC; en el cobro de lo indebido, los arts. 1897 y 1899 CC; en la transmisión de créditos, los arts. 1529 y 1530 CC.

Y sin agotar tampoco la totalidad de las resoluciones del Tribunal Supremo con pronunciamientos sobre supuestos en que se trata este principio de la buena fe, o un reflejo o aplicación práctica del mismo en la esfera contractual, podemos exponer a continuación un elenco de las mismas que nos ayuden a conceptualizar el contenido de este principio de la buena fe, su naturaleza jurídica, y distintos supuestos prácticos en que aparece reflejada.

En orden a determinar el concepto de la buena fe, nos ayudan las SSTS 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8712); 9 octubre 1993 (RJ 1993\8174); (9 octubre 1997 RJ 1997\7107); 19 enero 2005 (RJ 2005\518), entre otras.

La STS 15 noviembre 1990 (Ponente: Ramón López Vilas) trata sobre una colisión de supuestos de buena fe: por una parte, la buena fe en la posesión; y, por otra, la buena fe contractual.

El supuesto de hecho del caso de autos es el siguiente: una finca determinada se segrega por su titular en dos y una la adquiere la actora –la princesa Ashraf- y la otra la princesa Scharnaf; la actora adquiere la finca, toma posesión de la misma y realiza por su cuenta y cargo obras de construcción de un chalet, pero por razones que se ignoran no se inscribió la finca en el Registro de la propiedad, en donde seguía figurando a nombre de la sociedad antes vendedora y por ello había sido embargado en otro procedimiento judicial que se seguía contra esa sociedad, en cuyo procedimiento de ejecución se había valorado pericialmente estimando solo el valor del solar y no de las edificaciones, adjudicándose en tercera subasta sin sujeción a tipo por 501.000 pesetas a Juan Pedro A., que cedió el remate a FIESA; al tomar posesión FIESA de la finca se entera que era propiedad de la actora y es cuando otorga escritura de declaración de obra nueva, haciendo suya la edificación por accesión; la actora solicita del Juzgado sentencia en que se declare la nulidad de transmisión otorgadas y, subsidiariamente, que se declare que la cesionaria del remate –FIESA- se enriqueció sin causa a costa de la actora en la diferencia existente entre el precio abonado por la cesión del remate y el valor real de la finca, incluyendo la propiedad de la actora.

El Juzgado y la Audiencia rechazan la reclamación de la actora; y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación en lo referente a la reclamación subsidiaria de declaración de enriquecimiento sin causa, lo que significa, según sus propios argumentos, la existencia en el caso litigioso de una colisión de supuestos de buena fe: buena fe en la situación posesoria de la inicial adquirente, la actora, y buena fe en lo que concierne al adquirente del titular registral –tercero registral.

En relación a la primera, a la buena fe en la posesión, considera la Sala que resulta patente su existencia, de manera clara e indiscutida; y en lo que se refiere a la buena fe del tercero registral aplica la Sala la doctrina relativa al alcance que debe darse al principio de la fe registral del art. 34 LH (según la cual el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente, y también del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, por lo que al tercero que adquiere en determinadas condiciones sólo le afecta lo que está inscrito, siéndolo inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro) y al darse los requisitos para que conforme al art. 34 LH se haga inatacable la adquisición llevada a cabo por terceros ([a] ue los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de inmueble o de un derecho real limitativo del dominio; [b] que tal adquisición se realice con buena fe, es decir, que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica; [c] que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título oneroso; [d] que el disponente o transferente sea un titular inscrito, es decir, que el tercero o terceros deben adquirir de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirle; y [e] que ese tercero o terceros inscriban a su vez su propia adquisición), afirma por una parte la resolución judicial que el art. 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier otra acción real y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente, porque sobre tal adquirente debe desplegarse todos sus efectos beneficiosos el repetido art. 34 LH, protegiéndole en el mantenimiento de su adquisición como tercero de buena fe.

Sin embargo, llegados a este punto argumenta la Sala que conviene recordar...

“que así como la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y en materia de contratación (art. 1258 CC) aparece configurada por el legislador en el Código civil con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta o como referencia para extender la responsabilidad contractual a las derivaciones de lo expresamente pactado, la buena fe en la posesión aparece en cambio más definida, precisada y pormenorizada en nuestro Código (art. 433, 435, 19950...), funcionando dicha buena fe posesoria como hecho generador de determinados y concretos derechos, como la atribución de los frutos (art. 451), el abono de los gastos necesarios y los útiles con el derecho de retención (art. 453), el de los de lujo y recreo con el *ius tollendi* (art. 454), la no responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, salvo el caso del dolo (art. 457), la adquisición a non domino de los bienes muebles (art. 464), etc.; consideraciones a las que cabe añadir otras relativas a hipotecas y accesión, según las cuales resulta que los arts. 108 y ss. LH regulan la extensión de la hipoteca y no la extienden a los edificios que se levantan sobre la finca gravada, o cómo los artículos relativos

a la adquisición de inmuebles contenidos en el Código civil (arts. 358 y ss.) permiten atribuir al que edifica, siembra o planta de buena fe en terreno ajeno el derecho a ser compensado (art. 361 y concordantes), por lo que con mayor razón habrá de reconocerse tal derecho a quien construye convencida de ser propietaria aunque lo sea en virtud de título que ha decaído en aras de la seguridad jurídica sancionadora y proporcionada por el fundamental art. 34 LH al tercero de buena fe.”

Y en orden a dar “una adecuada liquidación posesoria de la actora...”, el cauce que encuentra la Sala más adecuado es la consideración de un enriquecimiento injusto de la entidad cesionaria del remate –FIESA-, que en su día vendió a un tercero –TEVIC-, enriqueciéndose injustamente cuando, tras adquirir la finca subastada, otorga escritura de obra nueva por el edificio o chalet no descrito, ni tasado, transmitiéndolo mediante precio al tercero sin satisfacer previamente el importe de lo construido a quien edificó de buena fe –la actora.

Sin embargo, no construye en el principio de la buena fe contractual la doctrina del enriquecimiento sin causa –FD 3-, que considera que es una construcción jurisprudencial y doctrinal que sólo recientemente ha tenido reflejo legislativo, específicamente para establecer la regla de conflicto en el Derecho Internacional Privado (art. 10.9 CC)²⁵⁴ y en la Ley Cambiaria y del Cheque (art. 65)²⁵⁵. Y así argumenta que:

“Una jurisprudencia ya antigua y tradicional que tomó como base un conocido texto de Las Partidas en el que se decía que ninguno debe enriquecerse torticeramente en daño de otro (7,34,17), ha venido insistiendo en que los requisitos que debe reunir toda pretensión de enriquecimiento se concretan en la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial por el demandado con el correlativo empobrecimiento del actor, la debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y la carencia de causa que justifique dicho enriquecimiento. Y sea cual fuere la construcción doctrinal que quiera acogerse de la figura (como principio general, fuente de obligaciones o teoría del desplazamiento de valor y causa justificativa del mismo) es lo cierto que, con base en el esquema causalista de nuestro sistema, la doctrina y jurisprudencia acaban insistiendo y, a veces, reduciendo la cuestión, a la existencia o no en el caso de una justa causa de la atribución patrimonial de que se trate, entendiendo por tal aquella situación jurídica que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, autoriza a su beneficiario para

²⁵⁴ “En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido” (art. 10.9 CC)

²⁵⁵ “Cuando el tenedor hubiera perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librador, el aceptante o un endosante, exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio, como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los derechos que derivan del título” (art. 65 LCCh)

recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico y válido y eficaz o una disposición legal que permita aquella consecuencia”.

En la STS 9 octubre 1993 (Ponente: Pedro González Poveda), alegada ante el Tribunal Supremo infracción del principio de la buena fe recogido en el art. 7.1 CC, en relación con el art. 1258 CC y con el art. 57 CCom, la Sala argumenta – FD 2- que:

“... la buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento ...”

En la STS 9 octubre 1997 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil), después de señalar que la existencia o no de la buena fe es una cuestión de libre apreciación de los juzgadores de instancia, por ser una cuestión de hecho, si bien entraña también un concepto jurídico que se apoya en la valoración de las conductas deducidas en la base fáctica, y que su impugnación por tanto, en casación, sólo procede si se atacan con éxito los hechos probados en que tal apreciación se fundamente, al no haberlo hecho así constata la Sala que,

“... falta el presupuesto necesario para supervisar y decidir si se han aplicado bien las máximas de experiencia que son las definidoras de los conceptos de buena o mala fe (Sentencias de 15 febrero y 22 octubre 1991 –RJ 1991\1272 y RJ 1991\7234-)”.

En la STS 19 enero 2005 (Ponente: Clemente Auger Liñán) se conceptúa este principio general argumentando que,

“la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el art. 7 CC, que consagra como norma el principio general de derecho de este nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (SSTS 3.12.1991 y 9.10.1993, citadas en la de 8.6.1994)...”

En orden a determinar su naturaleza jurídica, entre otras podemos citar: las SSTS 9 octubre 1993 RJ 1993 8174; 4 noviembre 1994 RJ 1994\8373; 9 octubre 1997 RJ 1997\7107.

En la **STS de 9 de octubre de 1993** (Ponente: Pedro González Poveda, al tiempo que conceptúa la buena fe en su sentido objetivo, como un comportamiento justo y adecuado para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto (por lo que deben comprenderse en el mismo no sólo las estipulaciones pactadas, sino también aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento), también señala esta resolución judicial el criterio generalizado en la doctrina de la misma Sala de que la existencia o inexistencia de buena fe,

“... es cuestión de hecho y por tanto de la libre apreciación del Juzgador de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ella se refieren (así Sentencia, por todas, de 5 julio 1990)...”

De esta sentencia a la que se remite –STS 5 julio 1990- es Ponente Ramón López Vilas, y argumenta que “... la estimación de buena o mala fe es una cuestión de hecho reservada a la apreciación potestativa de los Tribunales de instancia, que ha de prevalecer siempre que no resulte ilógica o manifiestamente equivocada, todo ello en la medida en que la buena fe (o, en su caso, la mala fe) es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos.

En la STS 4 noviembre 1994 (Ponente: Jaime Santos Briz) se argumenta–FD 5-, frente a la invocación por el recurrente de infracción del art. 7.1 CC, que,

“... el concepto de buena fe se ha declarado por esta Sala que lo es de hecho, sujeto a la apreciación de los Tribunales de instancia (Sentencias, entre otras, de 30 marzo 1988 y 9 octubre 1993). Pero, aun admitiendo este criterio, con el mismo confluye la apreciación por esta Sala, partiendo de los hechos acreditados y su calificación como normas de experiencia de uno y otro concepto.

Y añade que ya otras sentencias (Sentencia de 5 julio 1990 –RJ 1990\5776-) han declarado que,

“... no obsta aceptar que la buena fe es cuestión de hecho para considerarla a la vez concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal valorando los hechos que le sirvieron de origen, dentro de los acreditados que a ella se refieran. (...)”

En la STS 9 octubre 1997 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil) se argumenta también en relación a la naturaleza jurídica de la buena fe que, admitiendo la sentencia recurrida su existencia, es esta una,

“cuestión de hecho y por tanto de la libre apreciación de los juzgadores de instancia y si bien entraña concepto jurídico, se apoya en la valoración de conductas deducidas de la base fáctica y su impugnación en casación sólo

procede si se atacan con éxito los hechos probados en que se fundamentó tal apreciación...”

Sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos tratan, entre otras, las SSTS 21 mayo 1982 RJ 1982\2588; STSJ Navarra 12 febrero 1998 RJ 1998\1713; STSJ Navarra 6 octubre 2003 RJ 2003\8687.

En la STS 21 mayo 1982 (Ponente: Antonio Sánchez Jáuregui) son dos las cuestiones interesantes que aborda esta resolución judicial, cercana en el tiempo a la introducción del principio de la buena fe en el art. 7.1 CC. La primera tiende a colocar en su debido lugar este precepto que se inserta en el Título Preliminar del Código civil y que consagra la exigencia de que los derechos subjetivos se ejerciten conforme a los postulados de la buena fe, “postulado básico –afirma- que, como dice la exposición de motivos que justifica la reforma del citado Título, sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ‘ético social’ en el orden jurídico”

Y la segunda cuestión es la relativa a la fijación del significado y alcance que hace de este principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisando que en este sentido ya la STS de 29 de enero de 1965 establecía una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, en términos generales, a admitir que contradicen dicho principio, concretando que se falta a la buena fe, entre otros, en los concretos supuestos (1) de ir contra los propios actos y (2) cuando se ejercitan mediando un retraso desleal:

“... cuando se va ‘contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella’ señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro – prohibición de ir contra los propios actos-,

(...)

“y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo –retraso desleal-, vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia,... determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibile...”

En el caso de que trata la Sala se había presentado por el contratista demanda contra el dueño de la obra en reclamación de cantidad –por la liquidación de la obra-; y en reconvencción, el dueño de la obra opone al contratista en su condición de médico la reclamación de honorarios que dice le eran debidos y que databan

según los justificantes aportados desde muchísimo antes de la contratación de la obra, por lo que el contratista se opone a la reconvención invocando que precisamente por aquellas anteriores consideraciones de los servicios prestados la liquidación de la obra se había ajustado a las mismas, además de que, como argumenta la Sala, la violación por la sentencia recurrida del art. 7.1 CC se hace patente,

“en cuanto no valora el alcance y trascendencia de la conducta del demandado al tratar de compensar frente a la suma que lícitamente se le reclama el importe de unos honorarios profesionales, refiriéndose tales honorarios a la prestación de servicios médicos que según los justificantes que aporta se inician el 10.1.1966 y finalizan el 25.5.1975, denotando su falta de reclamación en tan dilatado período de tiempo un acto propio que ponía de manifiesto la inequívoca voluntad de condonarlos, engendrando fundadamente en el deudor la creencia de que tal condonación se había efectuado, razonable creencia que motivó, hiciera una importante bonificación de lo que a su vez le era debido por la ejecución de la obra... quedando, por último, puesto de relieve el retraso desleal con el que ejercita su derecho al referido demandado por la circunstancia de que hasta el 26.5.1978, cuando ya el actor le había presentado liquidación del importe de la obra con las bonificaciones dichas, no reclama, lo que entendía le era debido...”

En la STSJ Navarra 12 febrero 1998 (Ponente: Francisco Javier Fernández Urzainqui), se señala que el principio de la buena fe es una limitación al libre ejercicio de los derechos y que a la hora de determinar su significado y alcance la jurisprudencia ha declarado con reiteración (SSTS 29.11.1965, 21.5.1982, 21.9.1987 y 2.2.1996) que se falta a la buena fe cuando se va,

‘contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella’; y, más en particular, que actúa contra la buena fe quien ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta, defraudando la confianza generada en otro”

En la STSJ Navarra 6 octubre 2003 (Ponente: Francisco Javier Fernández Urzainqui), señala la Sala que entre las limitaciones que la Ley 17 del Fuero Nuevo de Navarra establece al libre ejercicio de los derechos, figuran en lugar destacado las exigidas por la buena fe, siendo una limitación que llama relacional porque sólo es predicable de la conducta observada por una persona frente a otra con la que se halla en relación,

“... y supone su acomodación a los imperativos éticos de honradez y lealtad exigidos por la conciencia social y jurídica en un momento histórico determinado (SSTS 4.3.1985, 5.7.1989, 6.6.1991...). Se ha dicho en tal sentido que el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta

de aquella para la que ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico.”

(...)

“Y tanto la doctrina científica como la jurisprudencia vienen reputando sin vacilación alguna desleal y por ende contrario a la buena fe, el ejercicio de un derecho en contradicción con su anterior conducta –actuación contra los actos propios- o tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo –retraso desleal-, sorprendiendo de esta forma la confianza que en ella despertó (SSTS 29.1.1965, 21.5.1982, 6.6.1992, 13.7.1995, 2.2.1996 y 4.7.1997). La interdicción del ‘retraso desleal’ (*Verwirkung*, en la doctrina germánica) significa que un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. No es pues bastante una mera dilación en la actuación del derecho, sino que ésta ha de producirse en circunstancias que la hagan inesperable o sorpresiva para la parte frente a quien se hace valer, pues es la deslealtad con la conducta que objetivamente cabía esperar del titular la que hace intolerable e inadmisibles por antijurídico su tardío ejercicio”

Sobre el concepto de la buena fe en el ámbito contractual, podemos citar las SSTS 13 abril 1982 RJ 1982\1947; 23 enero 1984 RJ 1984\356; 12 junio 1984 RJ 1984\3233; 21 mayo 1993 RJ 1993\3720; 22 septiembre 1997 RJ 1997\6858; 12 marzo 1998 RJ 1998\1563.

En la STS 13 abril 1982 (Ponente: Jaime Santos Briz) argumenta la Sala que, “la posible negligencia de los recurrentes al dar su conformidad a condiciones contractuales que después impugnaron, cuando ya habían empezado a cumplirlas, no puede perjudicar los legítimos intereses de la contraparte sin quebrantar el principio de la confianza en el tráfico negocial, basado a su vez en la buena fe y en la libertad de contratación que se reconocen en los arts. 1258 y 1255, respectivamente, del Código civil...”

Según la STS 23 enero 1984 (Ponente: Carlos de la Vega Benayas), choca con el principio de la buena fe “la conducta de la compradora, permanentemente, en largos y generosos períodos de hasta 10 años, hostil al abono de los plazos, sin justificación o excusa alguna, pues aparte de no probarse la que ahora alega de mala situación económica, no la constituye el hecho de no haberse otorgado escritura pública de la venta, dado el pacto de no ser ello exigible hasta el total pago...”

En la STS 12 junio 1984 (Ponente: Antonio Fernández Rodríguez), se argumenta por la Sala que, acreditada la realidad de las obras, el debate se plantea sobre la

exacta determinación del precio a pagar por las mismas, y más concretamente a si ha de determinarse considerando los metros cúbicos extraídos –postura de la entidad demandada/recurrente- o por horas de trabajo –tesis del demandante/recurrido-; y, una vez reconocido que se determine por horas de trabajo, el órgano jurisdiccional de instancia lo cifra en una determinada suma, razonándolo en los resultados de la prueba practicada y ponderándola objetivamente, cosa que puede hacer, pues, “... el precio existe no sólo cuando se acredita que previamente se ha fijado, sino también cuando, encargada una obra, sin adecuada justificación de las bases para determinar su coste, lo aprecia el juzgador fijándolo en una determinada cantidad deducida del resultado de los medios de prueba practicados...”

Y también lo posibilita el principio de buena fe consagrado en el art. 7.1 CC, “por propia esencia y naturaleza... en correcta ponderación objetiva...”

En la STS 21 mayo 1993 (Ponente: Eduardo Fernández-Cid Temes) se enjuicia que con la entrega de la cosa, en el contrato se había pactado expresamente que se vendía libre de cargas y gravámenes, “lo que obliga a entenderse, en consonancia con la buena fe exigible en todo contrato, que esa libertad existía al tiempo de la perfección, sin peligro alguno para el comprador de verse privado de la cosa... y el vendedor que realiza tal aseveración sin aclarar nada, no puede intentar que se dé prevalencia a la publicidad formal del Registro sobre su propia palabra, ya que ello implica auténtica mala fe y un comportamiento injusto, carente de honradez; lo normal, la conducta exigible a un buen padre de familia, era advertir de la anotación preventiva de demanda vigente al perfeccionarse el contrato, para que en éste se tomasen las cautelas debidas...”

La STS 22 septiembre 1997 (Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), en relación con la denuncia que se hace de la infracción del art. 1258 CC, reafirma la anterior sentencia impugnada en que se argumentaba que, “es contradictorio que el recurrente, que ha incumplido reiteradamente sus obligaciones mientras ocupa y disfruta de los bienes inmuebles comprados, pretenda ahora que entre en juego en esta área contractual concreta el instituto de la buena fe como elemento integrador del contrato, y que se produce, como afirma importante doctrina científica, conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o por el contrato”

En la STS 12 marzo 1998 (Ponente: Eduardo Fernández-Cid Temes) se nos enseña que la buena fe de que habla el art. 1258 CC no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino la objetiva (comportamiento honrado, justo) a la que alude el art. 7 CC, que consagra como regla general el principio de la buena fe.

2. Art. 1:302 (definición de lo razonable): SAP Baleares 4 septiembre 2007- Ponente: Carlos Gómez Martínez

La regla del art. 1:302 PECL, encuadrada en el capítulo de disposiciones generales y en la sección relativa a la explicación y enunciación de la terminología utilizada por los principios (tales como los términos de ‘acción’, ‘tribunal’, ‘intencional’, ‘incumplimiento’, ‘sustancial’...), y a los efectos de fijar la definición de lo que debe entenderse por “razonable”, dice que,

“[P]ara los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.”

La definición del término razonable ha sido acogida de esta regla por la SAP de Baleares (Sección 3ª) de 4 de septiembre de 2007 (JUR 2008/42821) –Ponente: Carlos Gómez Martínez-, en relación con la regla 6:104 PECL, con ocasión de resolver el caso en que un abogado reclama de su cliente un determinado importe de dinero en concepto de honorarios por sus servicios profesionales (que habían consistido en la asistencia jurídica al cliente en dos procedimientos de ejecución hipotecaria y en el asesoramiento en la venta de las fincas), cuyo precio no se había fijado en el momento inicial de la celebración del contrato de servicios.

El demandante reclama un porcentaje -4%- de la venta de los terrenos como precio del contrato de prestación de servicios, que considera “razonable”; sin embargo, la sentencia de primer grado no se lo otorga este importe, sino la suma en la que el dictamen del Colegio de Abogados de Baleares había valorado su actuación profesional, ya que, aun admitiendo este dictamen que el porcentaje del 4% de la venta sería admisible –como “*quota litis*”-, esto sería así, siempre que así se hubiese acordado “por escrito” entre abogado y cliente (que no había sido el caso).

La Audiencia acude para considerar acertada la sentencia de primer orden (que había fijado el precio en la suma dictaminada por el Colegio de Abogados) al criterio de la “razonabilidad”, e invoca en primer lugar el art. 6:104 PECL, en el que se establece que

“en los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio *razonable*”...

Y la definición de lo “razonable” se encuentra también en los mismos Principios – art. 1:302- en que se establece que (FD 2 de esta sentencia),

(...) "Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad al que el mismo se refiera".

Y estos “usos y prácticas” del ramo al que la actividad se refiere –honorarios de un abogado- considera la Sala que no pueden ser otros que las normas colegiales, normas que señalan que la “*quota litis*” –un porcentaje sobre el interés económico- sólo es posible si se ha convenido por escrito, lo que no es el caso, y por ello considera “razonable” el precio señalado por el dictamen colegial rendido en el Juzgado de instancia.

Tradicionalmente, el término ‘razonable’ se encuadra como concepto jurídico indeterminado. Su significado equivale o designa lo que es ‘arreglado’, lo ‘justo’, lo ‘conforme a razón’; y en el campo del Derecho, como concepto jurídico indeterminado, tiene un contenido que está en función de distintas variables, tales como, por un lado, el instituto jurídico del que se trate (p.e., naturaleza y objeto del contrato), por otro, la posición y cualidad de la propia parte, y por otro, distintas y variadas circunstancias, históricas, temporales, sociales, culturales, etc., todo lo que exige que se deba examinar cada supuesto concreto de manera singular e independiente y ponderando todos los factores concurrentes al caso.

Este término de razonabilidad ha sido objeto de estudio y conclusiones jurisprudenciales, fundamentalmente en el campo del procedimiento judicial, para calificar de indebida su dilación en la resolución de los conflictos; así, por ejemplo, en relación con la tardanza en la práctica de una tasación de costas y liquidación de intereses producidos en un procedimiento ejecutivo en cuya denuncia se ponía de manifiesto el hecho del retraso notorio, el Tribunal Constitucional –Sentencia 109/1997, de 2 de junio (RTC 1997\109)- razona que el hecho aislado del retraso, aunque notorio, no es suficiente por sí mismo para considerar la dilación indebida a los efectos de infringir el derecho fundamental que se consagra en el art. 24.2 CE, sino que deben ponderarse también otros factores (<este concepto jurídico indeterminado, como equivalente del “plazo razonable” dentro del cual debe desarrollarse cualquier proceso... exige la ponderación de tres factores, “la complejidad del asunto, el comportamiento de los litigantes y el de las autoridades judiciales”>), y cita la STEDH de 7 de julio de 1989 en el caso Sanders). Por tanto, en orden a determinar la existencia o no de violación del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas que establece el art. 24.2 CE, no puede identificarse el término “plazo razonable”

con “plazos procesales”, porque el mero incumplimiento de estos no supone incumplimiento de lo “razonable” en la medida del tiempo del proceso judicial, que desde esta perspectiva está sujeto a “la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza” (STC núm. 38/2008, de 25 de febrero –RTC 2008\38-). El plazo de tiempo “razonable”, por ejemplo, de duración de la prisión provisional, determina la STC núm. 2/1994, de 17 de enero (RTC 1994\2), que es <un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser perfilado para cada caso concreto en atención a las circunstancias y, por supuesto, a los criterios establecidos por este Tribunal Constitucional y por el Europeo de Derechos Humanos>²⁵⁶.

En el ámbito contractual, el comentario oficial –A- a esta regla -1:302- de los PECL señala que el término ‘razonable’ se utiliza para expresar diversos requisitos, y cita determinados ejemplos, como lo que una parte puede esperar que la otra sepa o tenga en cuenta, o cuánto tiempo puede esperar una parte para actuar, o cuándo el precio o una cláusula son equitativos...

En nuestra doctrina jurisprudencial también se ha acudido al término ‘razonable’ para expresar la conducta o actuación que deben proferirse las partes entre sí, o con relación al objeto del contrato, o con relación a terceros...; así, frente a una alegada vulneración de la doctrina de los actos propios en referencia a la denuncia de falta de legitimación de quien invoca la nulidad del negocio jurídico en el caso de simulación contractual conocida y consentida por ambas partes, el Tribunal Supremo –Sentencia de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010\297)- considera que, aunque consentida la simulación del contrato por todas las partes contratantes, lo que se ataca con su impugnación es “un contrato sin realidad ni efecto jurídico” y, además, si lo que se quiere impugnar en el recurso es la confianza puesta fundadamente en la apariencia, el haber creado “en otra persona expectativas razonables –SSTS de 27 de septiembre y 28 de octubre de 2005; 28 de julio y 17 de octubre de 2006 y 15 de junio de 2007-, no es imaginable la situación en la simulación contractual por cuanto los intervinientes en el negocio son por igual conscientes y responsables de la ficción”. La creación de “expectativas razonables” en las demás partes del negocio jurídico supone una limitación a la posterior libertad de actuación, integrándose como acto propio que no puede después contravenirse.

Es razonable “que quien pretende como autor o colaborador publicar un libro esté convencido de su valor y así lo ponga de manifiesto al que lo ha de editar...” (STS de 12 de junio de 1982 –RJ 1982\3416-).

²⁵⁶ En relación al “plazo razonable” de duración del proceso judicial –art. 24.2 CE- puede verse también la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable”).

La existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante del que deba responderse, resalta la doctrina jurisprudencial que “debe ser probada con una razonable verosimilitud” (STS de 5 de mayo de 2009 –RJ 2009\2907).

Con influencia ya de los PECL –aunque no se citan, pero sí las dos sentencias iniciales que en relación al incumplimiento contractual hacen mención al art. 8:103 PECL-, refleja la STS de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008\3091) que para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria ha de ser esencial, y es esencial también “el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo”. Y también rechaza el Tribunal Supremo en esta misma sentencia la resolución del contrato porque, vencido el plazo mensual para el pago de la contraprestación, no ya solo no pactado como esencial, se pretende su resolución “sin conceder un período adicional razonable...”

En relación a la interpretación de los contratos, para determinar sus efectos, se atribuye como función del Juzgador, que debe hacerlo con criterio “razonable” (STS de 5 de marzo de 1964 –RJ 1964\1331-); “razonable y correcta” debe ser la interpretación de los contratos (STS de 17 de diciembre de 1979 –RJ 1079\4364-); tampoco debe apartarse de las reglas legales de interpretación “de modo ostensible al extremo de chocar con lo normalmente razonable” (STS de 22 de diciembre de 1983 –RJ 1983\6991-); no compete al Tribunal de casación entrar en la interpretación de los contratos, por cuanto que es competencia de los tribunales de instancia “siempre que se mantenga dentro de los límites razonables...” (STS de 10 de octubre de 1984 -RJ 1984\4769.).

También se viene exigiendo por la jurisprudencia que “de modo razonable y justo” se ha de resolver el conflicto litigioso por el Juez (STS de 25 de mayo de 1983 –RJ 1983\2912-); que la congruencia que se exige a las sentencias no requiere “una conformidad o acomodación rígida o literal al petitum de las partes, sino una adecuación sustancial y razonable...” (STS de 22 de junio de 1984 –RJ 1984\3256-). También es libre la apreciación de la prueba por el Juzgador, según principio procesal, pero siempre “razonada y razonable” (STS de 6 de diciembre de 1983 –RJ 1983\6921-).

En relación al dolo como vicio invalidante del contrato y que se reprocha a la conducta de no haber informado correctamente a la otra parte de la situación jurídica del terreno objeto de la compraventa, no pueden oponer los vendedores que los compradores hayan actuado negligentemente por no haber constatado la situación registral de la finca, cuando –como expone la STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981\4001)- “se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública...”

En el comentario (A) que sigue al texto de este art. 1:302 PECL se expone que el término “razonable” se utiliza referido a otros diversos conceptos o requisitos,

tales como (y se cita como ejemplos enunciativos): lo que una parte pueda esperar que la otra sepa o tenga en cuenta [arts. 1:303 (4); 2:102; 2:202 (3); 3:201 (3); 3:206; 3:209 (3); 5:101 (3); 6:111 (2)(a); 8:103 (2); 8:108 (1) y 9:503]; cuánto tiempo puede esperar una parte para actuar [arts. 2:206 (2 y 3); 3:203; 7:109 82); 7:102 (3)...]; cuánto tiempo pueden tardar las partes en alcanzar un acuerdo [art. 6:111 (3)]; duración del preaviso [arts. 4:113 81 y 2); 6:109 y 8:104 (3)]; cuándo el precio o una cláusula son equitativos [arts. 4:105 (3); 4:115; 6:104; 6:106 (2), 7:110 (2) (a y b); 9:101 (2)(a); 9:506 y 9:509 (2)]; esfuerzos que se puede pretender que haga una parte...; proporcionalidad entre el valor y el esfuerzo...; proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento y el remedio que se haya ejercitado [art. 9:201 (1)]; grado de probabilidad de que ocurra o no algo en el futuro...

Lo “razonable” encierra, por tanto, un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que señala la propia regla; así, se dice que se debe juzgar como razonable:

- lo que cualquier persona de buena fe,
- que se hallare en la misma situación que las partes contratantes,
- consideraría como tal..., teniendo en cuenta todos los factores relevantes, y en especial:
 - o la naturaleza y objeto del contrato
 - o las circunstancias del caso
 - o y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera

La SAP Baleares de 4 de septiembre de 2007 (JUR 2008\42821) que comentamos, toma en cuenta, como factor relevante para considerar razonable el precio de un contrato de prestación de servicios de un abogado, los usos y prácticas del ramo de la actividad –la abogacía- que en nuestros usos y costumbres se contienen en las normas colegiales o criterios orientadores para el cálculo de honorarios profesionales que, por lo menos hasta ahora, han venido aprobando las Juntas de Gobierno de los distintos Colegios de Abogados

También sería fácil acudir a los Aranceles de derechos de los Procuradores para calcular o fijar el importe del precio por la prestación de sus servicios devengados en los distintos procedimientos judiciales en que intervengan, por cuanto tales derechos dispone el art. 242.4 LEC, que se determinen con sujeción a los aranceles aprobados reglamentariamente (los actualmente vigentes han sido aprobados por Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre).

Y otro tanto se puede decir respecto del precio que sería “razonable” por la prestación de servicios de profesionales sujetos a algún otro control o referencia, siquiera sea de agrupación por ramos o actividades.

Por tanto, no parece que se haga difícil concretar este concepto jurídico de lo “razonable” en sede contractual, acudiendo en cada supuesto concreto a la ponderación de todos los factores de referencia.

B. Del capítulo 2 (formación del contrato)

A partir de ahora, y hasta el final del capítulo, no nos vamos a extender en comentarios e interpretaciones sobre la aplicación por los tribunales españoles del resto de reglas a que nos vamos a referir, limitándonos a su reseña, resumen y un breve comentario, en su caso, por cuanto que, por abarcar tanto, se haría el trabajo excesivamente voluminoso, sin perjuicio de que lo abordaremos en un próximo estudio con más detenimiento y profundidad, capítulo a capítulo.

En nuestro ordenamiento jurídico, establece el art. 1254 CC que el contrato existe “desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, siendo este el momento culminante de la formación del contrato, y el momento en que se perfecciona en nuestro Derecho, conforme a lo establecido en el art. 1258 CC (los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...).

Sin embargo, para la validez del contrato exige el art. 1261 CC como requisitos esenciales (i) el consentimiento de los contratantes, (ii) objeto cierto que sea materia del contrato y (iii) causa de la obligación que se establezca. Y para cada uno de esos requisitos se establecen una serie de normas que ordenan su regulación.

En este capítulo 2 de los PECL se establecen distintas reglas relativas a la formación del contrato (entendido éste como el acuerdo entre dos o más personas que asumen la obligación de realizar una prestación, o el de quien recibe una oferta y la acepta, o el que sólo una de las partes tiene obligaciones y su promesa necesita la aceptación de quien la recibe, o simplemente la promesa de una sola parte que queda obligada sin necesidad de aceptación de la otra). En la sección primera tenemos las reglas o disposiciones generales, en la segunda se trata sobre la oferta y la aceptación, y en la tercera sobre la responsabilidad en las negociaciones.

1. Arts. 2:104 (condiciones para la conclusión de un contrato) y 2:103 (acuerdo suficiente): STS 7 junio 2011 – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Respecto de las condiciones para la conclusión del contrato, el art. 2:101 PECL dispone que

- (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando,
 - a. las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y
 - b. alcanzan un acuerdo suficiente
- (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

En los comentarios se nos explica que, según esta regla, lo que se necesita para que un contrato obligue, sin requisito de forma alguna, es que las partes contratantes se obliguen (si es una sola parte, mediante su intención, y si son dos, mediante un acuerdo que se logre con la aceptación de la oferta, con la aceptación de un contrato preparado, o por otras vías). Generalmente serán dos partes, o más, las que intervengan en la creación del contrato con obligaciones recíprocas, pero también comprende la noción del contrato de los PECL la sola promesa de cumplimiento por una sola parte (por ejemplo, pagar una determinada suma de dinero si la otra parte realiza una determinada acción –o se abstiene de realizarla-, con lo que esta segunda parte no interviene para en el contrato obligarse y puede o no realizar la acción, o abstenerse no).

En la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha acudido a la reseña de esta regla por la STS de 7 de junio de 2011 (ROJ STS 5102/2011).

En la **STS de 7 de junio de 2011** (ROJ STS 5102/2011) –Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos–, se examina un contrato de arrendamiento de industria de estación de servicio, con exclusiva de suministro (por CEPSA) en régimen de compra en firme o reventa (abanderamiento), en el que CEPSA fija el precio de reventa de los productos que suministra, y es la que autoriza hacer descuentos con cargo a la comisión, pese a que es la titular de la Estación de Servicio la revendedora, por lo que si ésta quiere obtener la comisión o margen fijada anualmente por CEPSA no puede determinar su propio margen comercial en la reventa del producto.

En lo que interesa a la regla en estudio, se denuncia por la titular de la Estación de Servicio la infracción de los arts. 1256, 1261, 1273, 1275 y 1449 CC, determinante de la nulidad del contrato por inexistencia e ilicitud de causa derivada de la indeterminación del precio de compra.

El Tribunal razona que nuestra doctrina admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección, siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean “suficientes” –resalta- para que pueda ejecutarse; y tampoco rechaza nuestra

doctrina la posibilidad de su determinación por una de las partes, siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad.

Y en refuerzo de estas tesis acude a los PECL, que “aunque no constituyen Derecho positivo –afirma- son ilustrativas las previsiones contenidas en los principios Lando de Derecho Europeo de los contratos, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos, que en el art. 2:101 previene que,

“[E]l contrato se perfecciona sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente” entendiéndolo suficiente a tenor del art. 2:103 “a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse, (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios”, regulándose en el art. 6:104 la determinación del precio, en el art. 6:105 la determinación unilateral por una de las partes, en el 6:106 la determinación por un tercero, y en el 6:107 su fijación por referencia a un “índice de determinación inexistente”.

Y en apoyo también de su argumento, trae el Tribunal a colación su doctrina en otras sentencias anteriores en que viene considerando válidas en los contratos de abanderamiento unas cláusulas de fijación del precio similares, pues la obligación que contrae el proveedor, en contratos de larga duración sobre productos cuyos precios experimentan oscilaciones significativas, es que los precios sean competitivos, cualidad que en cada suministro puede exigir la otra parte contratante con base en el contrato, por lo que no hay indeterminación del precio, sino determinación sucesiva durante la vigencia del contrato (STS 199/2011, de 31 de marzo, y las que en esta se citan: SSTS de 11 diciembre 2002 en recurso 1559/1997, de 20 de diciembre de 2007, en recurso 4626/2000 y 18 de febrero de 2011, en recurso 1044/2007).

2. Art. 2:102 (intención): SAP Barcelona de 28 de enero de 2010 y SAP de Granada de 30 de octubre de 2009.

Como hemos visto en la regla anterior (art. 2:101), el contrato se perfecciona, con plena libertad de forma, cuando las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y cuando alcanzan un acuerdo suficiente, cuya existencia puede probarse por cualquier medio válido en Derecho.

En la contratación, las partes realizan actuaciones y negociaciones previas que no significan la intención de vincularse jurídicamente en la formación del contrato en cuestión, sino simplemente su interés en la negociación y con voluntad de conseguir la realización del negocio jurídico; pero mientras negocian no significa que estén prestando esta intención que se exige para la formación del contrato.

Y esa intención o voluntad que perfecciona el contrato, nos dice la regla del art. 2:102 PECL que,

“... se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”

Lo que está estableciendo esta regla es un principio general respecto de los efectos de las declaraciones de las partes a la hora de vincularse jurídicamente por medio de un contrato: la intención que traslada las declaraciones de una parte debe entenderse según la representación que de esa declaración se haya hecho la otra parte, razonablemente, sin que importe la forma o manera en que se haya expresado esa intención, pudiendo haberse manifestado incluso por silencio.

Viene a ser lo mismo que ya en nuestro ordenamiento jurídico se decía por la STS 1053/1994, de 22 de noviembre (RJ 1994/9160), de que conocimiento y consentimiento son términos equiparables, que, normalmente, el silencio no puede valer como declaración de voluntad, pero tiene la asignación jurídica de asentimiento o conformidad “cuando el que calla tenga la obligación de contestar o cuando será normal que se manifieste el disentimiento si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento, presentándose la contestación como comportamiento justo y honrado, en la misma medida que el silencio como contrario a la buena fe y lealtad negocial que puede ser estimado en sentido positivo en unión del conjunto probatorio obrante en los autos...”

En la **SAP Barcelona de 28 de enero de 2010** (RJ 2010, 113294) –Ponente: Jordi Seguí Puntas- los demandantes reclamaban el cobro de la obra de reconstrucción del muro de contención de tierra situado en un lindero de su parcela con la de los demandados y éstos oponían que no adeudaban nada, porque entre ellos no había habido relación contractual alguna, expresa o tácita, ni se daban tampoco las circunstancias que justificaran la aplicación de la doctrina que veda el enriquecimiento injusto o sin causa.

La sentencia del Juzgado considera acreditado el acuerdo verbal y atiende la reclamación; la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado, razonando, además, que –FD 2-,

“Es sabido que la declaración negocial -todo signo expresivo de una voluntad de obligarse- puede ser expresa (verbal o escrita) o tácita, incluyéndose en esta última modalidad la que resulta del silencio del sujeto beneficiado por la prestación de otro en función de las circunstancias del caso. Ello se plasma en el principio de libertad de forma que rige en derecho español (art. 1278 CC), y explica que los Principios del derecho europeo de contratos establezcan que la voluntad de una de las partes de quedar vinculada por el contrato puede derivarse de "su declaración o conducta, en la forma en que una y otra fuera razonablemente entendida por la otra parte" (art. 2:102).

En la **SAP de Granada de 30 de octubre de 2009** (JUR 2010, 45719) (ROJ SAP 1729/2009) –Ponente: Jochen Albiez Dorhmann-, el Juzgado había desestimado la demanda formulada por la entidad actora que reclamaba indemnización de daños y perjuicios contra la entidad demandada por incumplimiento contractual, derivado de que consideraba acordado mediante contratación telefónica la compraventa de determinada cantidad de harina de soja, llegándose a celebrar nueve contratos para los meses de septiembre 2005 a mayo de 2006; sin embargo, aunque ninguno de los nueve contratos enviados por fax estaban firmados por la demandada-compradora, la Audiencia razona que,

“... en nuestro Derecho contractual se admite la aceptación tácita (SSTS 26 febrero 1994 y 30 mayo 1996), aun cuando no está prevista en la parca regulación de la formación del contrato -en otros ordenamientos jurídicos, cabe colegir la viabilidad de la aceptación tácita, p.e., parágrafo 151 BGB, o en textos internacionales, como, p.e. el art. 18.1 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, o de los textos de soft law del Derecho contractual europeo, como los PECL, los Principios Aquis y el MCR o en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos-, incluso, se acepta, en determinados casos, el silencio como comportamiento equivalente a una aceptación tácita (en algunos de los textos jurídicos anteriormente citados se alude al silencio y sus consecuencias jurídicas en la formación del contrato)”.

Y en el caso de autos considera la Audiencia acreditado que se mandó un fax enviando la actora al menos nueve documentos, que son las nueve ofertas de compraventa, que la parte demandada no puede negar la realidad de ese fax, y no lo hace, pero niega que sean las ofertas que se aportan con la demanda; sin embargo, no negando la realidad del envío de esos facsímiles, competía a la demandada entonces demostrar que los documentos que le enviaron eran de otro contenido, cosa que no hizo, habiendo por lo demás en los autos elementos indiciarios suficientes que apuntaban a que no se celebró un solo contrato, sino varios, dado que durante los meses de septiembre de 2005 a enero de 2006 se retiraron sucesivas cargas pagándose los kilos de harina de soja conforme con el precio que figura en las ofertas de venta.

En nuestra doctrina, tradicionalmente se ha considerado el silencio como manifestación de la voluntad. Como expresa la STS de 21 marzo 2003 (RJ 2003\2762), en materia contractual la doctrina jurisprudencial no sigue la regla “*qui tacet videtur consentire*” (el que calla otorga), sino que sigue la regla “*qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur*”, con arreglo a la que no basta el mero silencio, sino que además es preciso que se pueda y se deba responder.

Así también expresaba la STS de 24 de noviembre de 1943 (RJ 1943, 1292) que “si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe (*qui siluit quum loqui et potuit, consentire videtur*), siendo necesaria para la estimación del silencio como expresión del consentimiento la concurrencia de estas dos condiciones: una, que el que calla pueda contradecir, lo cual presupone, ante todo, que haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de la protesta –elemento subjetivo-; y otra, que el que calla tuviera obligación de contestar o, cuando menos, fuere natural y normal que manifestase su disentimiento, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte –elemento objetivo-“

La STS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\812) expresa que “el silencio puede equivaler a asentimiento cuando quien calla viniera obligado a manifestar su voluntad contraria según las exigencias de la buena fe entre las partes o los usos generales del tráfico.

Pero además, el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente [SSTS de 11 de noviembre de 1958 (RJ 1958, 3442) y de 3 de enero de 1964 (1964, 116)], sin que pueda atribuirse esa aceptación al mero conocimiento, porque se requieren actos de positivo valor demostrativo, de una voluntad determinada en tal sentido [SSTS de 30 de noviembre de 1957 (RJ 1957\3570) y 30 de mayo de 1963], exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones [STS de 10 de junio de 1966 (1966\3028)].

3. Art. 2:202 (revocación de la oferta): STS de 17 de septiembre de 2013 (ROJ 4812/2013) – Ponente: Rafael Saraza Jimena.

En la **STS de 17 de septiembre de 2013** (ROJ 4812/2013) –Ponente: Rafael Saraza Jimena-, se considera que,

“[L]a revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta. En este sentido se pronuncian tanto la doctrina como los textos del Derecho armonizado (arts. 2:202 [1] de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, 16.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y 2.1.4 [1] de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010)”.

En el caso de autos, y según la Audiencia Provincial, la oferta realizada por los demandados (vendedores) tenía un plazo de vigencia que abarcaba el día 25 de abril, aceptada la oferta en dicho plazo sin que antes el oferente manifestara su voluntad de retirarla o revocarla, el contrato de compraventa se perfeccionó por lo que el incumplimiento de los vendedores, que vendieron a un tercero que inscribió el inmueble a su nombre en el Registro de la Propiedad haciéndolo irreivindicable, da lugar a la responsabilidad contractual.

La tesis de los recurrentes (vendedores), y que el Tribunal rechaza, era que el plazo de la oferta era de caducidad, por lo que una vez transcurrido la aceptación del destinatario de la oferta resultaba inoperante, lo que no impide que antes del transcurso del plazo de vigencia de la oferta el oferente pueda revocarla, como hizo al vender a un tercero las fincas, por lo que solo podría exigírsele responsabilidad por culpa “*in contrahendo*” si el oferente hubiera infringido la buena fe en sus negociaciones contractuales con el destinatario de la oferta”.

4. Art. 2:204 (aceptación): STS de 21 de octubre de 2011 y STS 242/2012, de 24 de abril – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

El texto de esta regla del art. 2:204 PECL señala que:

“(1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación.

“(2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos.

La **STS de 21 de octubre de 2011** (ROJ STS 8992/2011) –Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos-, se enfrenta a la resolución del litigio planteado como consecuencia de un contrato, con suministro de materiales, para la ejecución de una piscina climatizada que encarga el Club Náutico a Ferrovial, bajo la correspondiente dirección técnica, en el que se da por recibida la obra tácitamente con la entrega, en cuyo momento presentaba la piscina falta de estanqueidad, debido exclusivamente a la insuficiencia del proyecto técnico, y otras deficiencias debidas a la defectuosa ejecución de la obra y a la mala calidad de los materiales empleados.

La Sala del Tribunal Supremo valora que ha habido recepción de la obra, pero con disconformidad, para lo que argumenta que,

“[E]n nuestro sistema el silencio puede tener significación jurídica –al valor del silencio se refieren la Propuesta de Modernización del Código Civil... en los arts. 1250 y 1289, y los Principios de Derecho

Europeo de los Contratos en los artículos 2:204 y 4:107-, afirmando la sentencia 772/2009, de 7 de diciembre, con cita de otras muchas, que el silencio tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad “cuando se puede y se debe hablar... (...) y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (...), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras a la buena fe (...). En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio”.

En el caso de autos, abunda el Tribunal en que, cuando se trata de obligaciones de dar y ha habido recepción de la cosa entregada, sin protesta ni reserva del acreedor, nuestro ordenamiento en ocasiones hace positiva la regla “*in quod plerumque accidit*” (lo que acontece normalmente) y atribuye al silencio de quien recibe el valor de una conformidad, de tal forma que, de no manifestarse la disconformidad en el momento de la recepción o dentro de un corto plazo, entiende que lo entregado se ajustaba a lo estipulado... (art. 336 CCo en relación con la compraventa de mercancías). Y tratándose de entrega de obras, según el mismo principio de normalidad, el silencio de quien las recibe sin protesta puede entenderse en el sentido de que el contratista queda exento de responsabilidad (art. 6 LOE²⁵⁷), pero, como sostiene la STS 274/2009, de 27 de abril, cuando las obras se reciben y se aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad, si bien que esta regla se ha de entender forzosamente limitada a los defectos o vicios apreciables a simple vista, pero no a aquellos otros ocultos que por desconocidos, no puede presumirse su aceptación...

La **STS 242/2012, de 24 de abril** (ROJ STS 3108/2012) –Ponente: Francisco J. Arroyo Fiestas-, en su FD 10 cita la STS de 21 de octubre de 2011 a que se acaba de hacer referencia, y transcribe el mismo argumento respecto del silencio en el negocio jurídico.

²⁵⁷ Art. 6. 1.- “La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberán abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes. 2.- La recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar: (...) d) La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados... 4.- Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su terminación, acreditada en el certificado final de obra... La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos 30 días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reserva o rechazo motivado por escrito.

5. Arts. 2:205 (momento de la conclusión del contrato) y 2:206 (plazo de aceptación): STS 552/2010, de 17 de septiembre – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Art. 2:205 – Momento de la conclusión del contrato

- (1) Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente.
- (2) En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta.
- (3) Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto.

Art. 2:206 – Plazo de aceptación

- (1) Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él.
- (2) Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable.
- (3) Cuando se acepta una oferta cumpliendo un acto conforme al artículo 2:205 (3), dicho acto debe llevarse a cabo dentro del plazo fijado por el oferente para aceptar la oferta y, en defecto de plazo, en un plazo razonable.

En la **STS 552/2010, de 17 de septiembre** (ROJ STS 7105/2010) – Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos, la demandante reclama que se declare por el Juzgado que la demandada viene obligada a vender a su favor una determinada finca y se le condene al otorgamiento de la venta en escritura pública. El Juzgado rechaza la demanda, y también la Audiencia Provincial. Los hechos declarados probados son: que ambas partes habían suscrito un contrato de opción de compra sobre esa finca, habiendo dado la vendedora a la compradora un plazo determinado (no superior al 31 de julio del 2000) para que en las condiciones ofertadas aceptara, si le convenía, la compraventa de la finca. El ejercicio de la opción se pactaba que debía ser “comunicado, de forma expresa y fehaciente, bien por la sociedad optante o bien por su representante legal” (sic). Paralelamente ambas partes también habían suscrito un contrato de arrendamiento de la finca con duración prevista desde julio de 1997 hasta 31 de julio de 2007. El 28/07/2000 comparece la optante ante el notario para que requiriera a la vendedora mediante comunicación de que se ejercitaba la opción de compra. La notificación de esta comunicación no se pudo llevar a cabo porque la requerida, en el día del

requerimiento (31/07/2000) no se hallaba en su domicilio. Y tampoco en el segundo intento practicado al día siguiente. Y es el 5/10/2000 que la requerida recibe el requerimiento mediante una carta certificada en su domicilio de Alicante.

Los argumentos de oposición a la demanda por la demandada son: que al haberse recibido el requerimiento el 5/10/2000, ya había caducado el plazo de la opción; que no se le puso el precio a su disposición; y que quien ejercitaba la opción carecía de poder inscrito y no era el legal representante de la empresa.

La sentencia del Juzgado acoge el argumento de que el plazo de la opción había caducado cuando la requerida recibe la declaración recepticia de ejercitar el derecho de opción, sin que el hecho de estar ausente de su domicilio constituyera una “voluntad rebelde” al cumplimiento de lo pactado. La Audiencia Provincial confirma los argumentos del Juzgado y añade, además, una falta de diligencia de la demandante en el momento de la notificación, así como la tardanza en la interposición de la demanda.

Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo parte de determinadas premisas relativas al contrato de opción de compra: (i) que la fijación de un plazo para el ejercicio de la opción es requisito esencial de este tipo de contratos; (ii) que el plazo es de caducidad –STS de 30 de junio de 1994–; (iii) que es unánime la jurisprudencia que califica el acto de ejercicio del derecho de opción como una declaración unilateral recepticia; (iv) pero, tratándose de compraventas “civiles”, no es contundente la jurisprudencia en relación a la suficiencia de emisión y expedición de la declaración de voluntad del optante dirigida al oferente.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado en el sentido de exigir que, además de emitirse y expedirse la declaración unilateral de voluntad dentro del plazo de caducidad, también debe dentro del mismo llegar a conocimiento del destinatario: SSTS 146/1979, de 16 de abril, 337/1981, de 29 de septiembre, 4/1992, de 4 de enero, 949/1993, de 8 de octubre, 347/1994, de 25 de abril, 98/1995, de 14 de febrero, 397/1995, de 24 de abril, 112/1997, de 14 de febrero, 883/1997, de 16 de octubre, 1089/1997, de 4 de diciembre, 482/2001, de 21 de mayo...

Sin embargo, argumenta el Tribunal que, “dado que la cognición requiere la colaboración de la contraparte, de seguirse la tesis expuesta hasta sus últimos extremos conduciría al absurdo resultado de que bastaría la decisión del concedente para impedir la eficacia de la declaración del optante, ante lo que en solución próxima a la prevista para el art. 1119 CC -“Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento”-, la jurisprudencia matizó el criterio de la recepción para seguir el principio de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el recurrente. Doctrina pronunciada, entre otras, por las SSTS 529/1960, de 29 de septiembre, 162/1976, de 28 de mayo, la de 10 de diciembre de 1982, 1166/1992, de 22 de diciembre... Nos cita también una interesante Sentencia de 12 de julio de

1979 en la que la optante había comunicado su requerimiento a la optataria mediante un acto de conciliación, matizando la sentencia que “si bien la manifestación del favorecido con tal derecho de adquisición creado por cauce negocial reviste naturaleza receptiva y por ello ha de ser comunicada al optatario durante la vigencia del plazo de la opción, pues el elemento temporal condiciona la existencia misma del derecho –S de 28 de mayo de 1976-, habrá de tenerse por oportunamente practicada la notificación a través de acto conciliatorio siempre que la papeleta aparezca presentada en tiempo hábil, aunque la comparecencia tenga lugar fuera ya del plazo de duración, pues según entiende con acierto la Sala sentenciadora la conciliación es vía idónea para el ejercicio de los derechos y dar constancia fehaciente del acto de comunicación de que se trata –SS de 21 noviembre 1950 y 30 enero 1959-, eficaz desde la fecha misma en que ha sido presentada la demanda conciliatoria”.

Con apoyo en la STS de 24 de diciembre de 1994, la STS 277/2010, de 30 de abril, considera recepticia la interpelación interruptiva de la prescripción y afirma que “[L]a declaración del optante de ejercitar el derecho de opción es una declaración recepticia. Lo que significa que debe realizarse dentro de plazo, en el sentido de que debe emitirse dentro del mismo, desprendiéndose de la misma, dirigida al concedente de la opción, sin que tenga trascendencia que éste la reciba y conozca después de transcurrido el plazo”.

Una vez expuestas las diferentes posturas del propio Tribunal Supremo, la sentencia que analizamos considera que para adoptar una postura determinante, se debe partir de la “finalidad de la declaración de voluntad del optante”, porque si bien por un lado constituye una declaración unilateral, por otro lado se debe reconocer que “no es más que la aceptación de lo ofrecido de forma irrevocable durante el plazo fijado” (finalidad esta que aparece también así reconocida en muchas sentencias también del Tribunal Supremo [v.gr., STS 112/1997, de 14 de febrero, con cita de otras]), que, evidentemente, puesto que perfecciona el contrato debe llegar a su destinatario.

No desconoce la sentencia que en nuestro sistema jurídico no es extraña la teoría de la emisión, y que, a efectos de la perfección de los contratos entre ausentes, han convivido simultáneamente tres regímenes diferentes: (a) el fijado por el art. 54 CCo que sigue el criterio de la “emisión”; (b) el fijado en el segundo párrafo del art. 1262 CC, que sigue el régimen de la “cognición”; y (c) el de la “recepción” que sigue la CISG, vigente en España a partir de 1/8/1991.

Sin embargo, por la Disposición Adicional 4 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 julio), se han unificado los regímenes “civil” y “mercantil”, pues los núms. 1 y 2 de esta disposición dan a los arts. 1262 CC y 54 CCo la siguiente redacción:

Art. 1262 CC

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe²⁵⁸. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Art. 54 CCo

El primer párrafo es literalmente igual que ese segundo del art. 1262 CC; y se añade un segundo párrafo para establecer que “En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

Y es como refuerzo de estos argumentos que la sentencia considera que,

“[N]o parece inútil mencionar que en el mismo sentido apunta el art. 1250 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación..., y que también se orienta en este sentido el núm. 1 del artículo 2:205 de los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos: “Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente”, lo que complementa el número 1 del art. 22:206: “Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él”.

Y con estos argumentos procede el Tribunal Supremo a fijar como doctrina,

“[q]ue, tanto si se entiende que por el contrato de opción se emite una oferta contractualmente irrevocable –en este sentido apunta el art. 1331 del Código Civil italiano-, como si se sostiene que el contrato de opción constituye un contrato de promesa –a esta figura alude el art. 410 del Código Civil Portugués-, o una promesa unilateral aceptada, o le atribuye una naturaleza diferente, la declaración del optante tiene carácter recepticio, y para que sea eficaz, si otra cosa no se pactó, debe ser conocida por el “concedente” dentro del plazo fijado o, alternativamente, habiéndose remitido al concedente dentro del expresado plazo, el destinatario no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, por haber llegado a su círculo de interés, lo que, desde

²⁵⁸ No se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el art. 7 CC... (STS 988/2005, de 22 de diciembre, y las que en la misma se citan).

luego, no supone una aplicación retroactiva de la norma y, menos aún, de criterios doctrinales manifestados en estudios prelegislativos, sino aplicación del criterio de la cognición matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el recurrente.”

C. Del capítulo 3 (poder de representación, conflicto de intereses): SAP Baleares (Sección 3ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007, 318170) – Ponente: Carlos Gómez Martínez

La sección 2 de este capítulo trata de la representación directa (cuando el representante actúa en nombre del representado)²⁵⁹ y la sección 3 de la representación indirecta (cuando el representante no actúa en nombre del representado, sino como intermediario)²⁶⁰.

En la representación directa, el representante puede haber obtenido el poder de manera expresa o implícita, y tiene poder para llevar a cabo todos los actos que, de acuerdo con las circunstancias, sean necesarios para el cumplimiento de su encargo (art. 3:201 PECL).

El art. 1709 CC, al regular el mandato, dispone que por el mismo se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra, pudiendo ser el mandato expreso o tácito (art. 1710 CC), suponiéndose gratuito a falta de pacto en contrario (art. 1711 CC).

En la representación directa, puede ocurrir que confluya un conflicto entre los intereses del representante y los intereses del representado, a cuya regulación va destinada esta regla del art. 3:205 PECL:

- (1) Si el contrato celebrado por un representante coloca a éste ante un conflicto de intereses que el tercero conocía o no podía ignorar, el representado puede anular el contrato conforme a las disposiciones de los arts. 4:112 a 4:116.
- (2) Se presume que hay conflicto de intereses:
 - a. cuando el representante hubiera actuado al mismo tiempo como representante del tercero; o

²⁵⁹ Arts. 1709 a 1716 CC.

²⁶⁰ Art. 1717 CC Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

- b. cuando el representante hubiera celebrado el contrato consigo mismo y en su propio nombre.
- (3) Sin embargo el representado no puede anular el contrato:
- a. Si hubiera consentido o no pudiera ignorar tal actuación del representante, o
 - b. Si el representante le hubiera comunicado la existencia de un conflicto de intereses y el representado no se hubiera opuesto al mismo en un plazo razonable.

El art. 3:205 PECL dispone en primer lugar la posibilidad que asiste al representado de anular el contrato cuando su representante se coloca frente a un tercero en un conflicto de intereses, si este tercero lo conocía o no podía ignorar el conflicto; y a continuación establece dos presunciones, *iuris tantum*, de la existencia de tal conflicto de intereses (a) cuando el representante actuaba en nombre de ambas partes; y (b) la autocontratación.

El primer caso (a) es al que se remite la sentencia que se ha comentado anteriormente; cuando el representante de A actúa al mismo tiempo como representante de B y, no obstante, lleva a cabo una transacción, puesto que es de suponer que en tal caso el representante debe tener en cuenta los intereses de ambas partes, potencialmente opuestos.

En el comentario –D- que sigue al texto de este artículo en los PECL se señala que estos dos señalados supuestos son dos situaciones que se presumen dan lugar a un conflicto de intereses que autorizaría la anulación del contrato, pero que es una presunción que admite prueba en contrario, poniendo el ejemplo del representante –A- que recibe instrucciones de su representado para comprar 50 acciones de la compañía X al precio corriente de mercado, y, siendo él mismo propietario de un paquete de acciones de esa compañía, vende a su representado estas acciones “al precio corriente de mercado”. Se trataría de la presunción de conflicto de intereses por autocontratación, pero al realizarse la venta al precio por el que se le habían dado las instrucciones, habría desaparecido el presunto conflicto de intereses.

Por último, esta misma regla del art. 3:205 impide al representado la posibilidad de anular el contrato, aunque exista un conflicto de intereses, en dos situaciones (a) cuando hubiera consentido la actuación del representante, o no hubiera podido ignorarla; y (b) cuando el representante le hubiera comunicado la existencia del conflicto y el representado no se hubiera opuesto en un plazo razonable.

Y otra exclusión de la posibilidad de anular el contrato, no ya sólo para el representado, sino también para el tercero, se añade por el art. 4:114 PECL cuando dispone que “si la parte que tenía derecho a anular un contrato, lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar, el contrato ya no podrá anularse”.

Según las “notas” que siguen al comentario de esta regla del art. 3:205 PECL, algunos ordenamientos ya disponen de la posibilidad de anular los contratos en caso de conflicto de intereses (v. gr. el art. 1394 CC italiano; art. 1395 CC portugués; y art. 3:68 BW neerlandés), pero no es así en el *common law*, en que el contrato no será anulable aunque el tercero sepa que se había celebrado en situación de conflicto de intereses, si bien que alguna jurisprudencia permite su anulación en el caso extremo de que el tercero hubiera sobornado al representante.

El § 181 BGB alemán dispone la ineficacia para los casos en que el representante celebre el contrato consigo mismo o como representante del tercero, tanto si existe, como si no existe, conflicto de intereses.

No se menciona en los comentarios y notas de esta regla, ninguna norma de nuestro ordenamiento; sin embargo, la doctrina jurisprudencial al respecto es abundante y completa, girando en torno a la regla general prohibitiva de la autocontratación que se contiene en el art. 1459.2º CC, en el que se prohíbe la compraventa por los propios mandatarios (o por persona intermedia) de “los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados”, habiendo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en que esta contratación sería jurídicamente ineficaz, pero sólo cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante, por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una sola persona operando por sí misma y a la vez en representación de otras que tienen intereses contrapuestos, como así lo expone la STS de 31 de enero de 1991 (RJ 1991\521).

La sentencia que ha utilizado los argumentos de esta regla, confirmada, por cierto, en el recurso de casación 2183/2007 al que no da lugar la STS 2246/2011, de 4 de abril (Ponente: Juan A. Xiol Rios), acogiendo literalmente sus argumentos, ha sido **SAP Baleares (Sección 3ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007\318170)** - Ponente: Carlos Gómez Martínez-, en la que se trata del caso en que se concierta entre dos entidades mercantiles un contrato de opción de compra que tenía por objeto una parcela de terreno y en el que para el ejercicio de la opción se estipulan dos posibles prórrogas, de duración cada una de ellas de 6 meses, siempre que se formalizaran por escrito a instancia de la optante, para lo que debía requerir a la concedente con 20 días de antelación a la fecha de cumplimiento de los respectivos plazos.

La optante –O- alega que remitió una carta a la concedente –C-, firmando el recibí su apoderado Juan Carlos, por lo que ejercita judicialmente la acción tendente a formalizar por escrito esta prórroga.

La concedente –demandada- opone la caducidad del ejercicio de la opción y que la supuesta notificación sería nula porque quien firma el recibí como apoderado – Juan Carlos- es también administrador y titular de participaciones de sociedades interpuestas que controlaban la sociedad optante –O-, entendiéndose que nos hallaríamos ante un supuesto de autocontratación.

La sentencia del Juzgado desestima la demanda al entender: (a) que el documento no acredita de manera suficiente el ejercicio del derecho a obtener la prórroga de la opción; (b) que el poder de Juan Carlos no le permitía firmar el “recibí” de la carta, (c) que el que había firmado la carta como remitente había dejado de ser administrador de la sociedad optante –O- y (d) que Juan Carlos se había excedido en los términos de su mandato, porque no obligaba a la mandante –C.

Para la Audiencia, la primera y suficiente razón que conduce a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia del Juzgado es que no se ha acreditado haber instado la segunda prórroga en plazo...; y a tal efecto argumenta que uno de los requisitos señalados por la jurisprudencia en relación con el derecho de opción es la determinación del plazo para su ejercicio, plazo que es esencial y de caducidad, por lo que el actor debía haber acreditado que en el plazo pactado ejercitó su derecho a instar la prórroga, lo que en este caso no entiende que se consigue con la aportación de un documento acerca de cuya fecha no hay prueba...

Y añade, además, como argumento (FD 2),

“b), En la firma del "recibí" por parte del Sr. Juan Carlos se producía un claro conflicto de intereses que se presume, según señala el artículo 3:205 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, cuando el representante actúa al mismo tiempo como representante del tercero, en este caso, de la sociedad optante. Dicho artículo establece que en tal caso de conflicto de intereses el contrato (en el supuesto de autos, la supuesta recepción de la comunicación para la prórroga de la opción) puede anularse salvo que el representado hubiera consentido o no hubiera podido haber ignorado la actuación del representante o el representante hubiese comunicado la existencia de un conflicto de intereses y el representado no se hubiese opuesto al mismo en un plazo razonable, supuestos éstos que no se produjeron en el caso de autos.”

La finalidad con que se invoca esta regla por la Sentencia, como ya ha quedado antes reseñado, ha sido para afirmar que se produce en el caso de autos un claro conflicto de intereses –y consecuente procedencia de la anulación del contrato– cuando el representante actúa en el contrato de opción de compra como representante del optatario y como representante del optante al mismo tiempo, lo que se presume infracción de la representación, salvo que el representado consienta la actuación, consentimiento este que puede ser de tres tipos: (a) expreso; (b) tácito (cuando el representante se lo comunica y no se opone en un plazo razonable); o (c) permisivo (cuando no lo hubiera podido haber ignorado).

Sin embargo, sin necesidad de invocar esta regla de los PECL, la Sección 5ª de la misma Sala de la AP de Baleares, en Sentencia de 22 de mayo de 2007 (JUR 2007\313024), ya había resuelto un contrato de venta de la mitad indivisa de una

casa otorgado por la esposa en su propio favor y en representación de su marido, al entender que se había producido una situación de abuso por la mandataria –la esposa- en la utilización del poder notarial que en sentido amplio le había otorgado el marido, en atención a distintos aspectos que resultaban de los hechos probados: la existencia de una separación de hecho de los cónyuges posterior al otorgamiento del poder; el desconocimiento del poderdante de la venta; el precio sensiblemente inferior al de mercado.. Y para ello no acude a las presunciones de conflicto de intereses invalidante del contrato que se establece en el art. 3:205 PECL, sino a la tradicional doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales, y en concreto a la que se contiene en las SSTs de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002\7322), de 12 de junio de 2001 (RJ 2001\5058) y 31 de enero de 1991 (RJ 1991\521).

La STS de 8 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7861) ya hace referencia a una muy reiterada doctrina de la Sala, que considera que, “... esta auto-entrada del representante en el contrato es plenamente lícita si se cumple el requisito ineludible de la licencia o autorización del ‘*dominus negoti*’...”

Y esa reiterada doctrina ya viene de antaño, como puede comprobarse que ya en la STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956\3430), con ocasión de la donación de unas determinadas fincas realizada por el padre a favor de sus hijos menores, y aceptada por el propio donante en la misma escritura en representación de sus hijos, considera el tema de la autocontratación como un “fenómeno jurídico” y como “un tema de singular interés”, calificando como “... modalidad más peligrosa en que una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como directamente interesada y como representante de otra...”

Su razonamiento, para admitir su eficacia, parte de que, si bien parece que en el art. 1459.2º CC se rechaza esta especie jurídica (y así es que se considera por la STS de 24-9-1994 como una regla prohibitiva de la autocontratación), “... lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del auto-contratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negar eficacia al auto-contrato como una forma lícita y simplificadora del comercio jurídico y hasta que pudiera decirse en principio admitida cuando media la licencia correspondiente en el caso del art. 267 del Código de Comercio...”

En la STS de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994\6988) se nos expone que la autocontratación puede tener dos formas: (a) una, la más genuina, la que se realiza por una sola persona en representación de ambas partes; y (b) otra, cuando se realiza por dos personas, pero en realidad uno de ellos lo hace en representación o interés de la otra:

“La figura del auto-contrato, en su sentido más genuino, tiene lugar siempre que cualquier relación contractual es realizada por una sola persona, aunque también puede constituir supuesto de autocontratación cuando partiendo de dos

intervinientes contractuales, en realidad uno de ellos, no es propia parte, sino que mantiene identidad plena y acreditada de intereses compartidos con la contraparte y por ello no actúa para sí y más bien para el otro, que acude a la cobertura de un negocio que se presenta externo y aparentemente bilateral, cuando en realidad su operatividad negocial y de eficacia, lo es exclusivamente para el contratante único protagonista y destinatario final de la relación que se crea...”

Sin embargo, aunque lícita, esta forma de contratación deviene jurídicamente ineficaz -STS de 31 de enero de 1991 (RJ 1991\521)-, “... cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una sola persona operando por sí misma y a la vez en representación de otras que tienen intereses contrapuestos...”

Por ello, esta figura en que una sola voluntad hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas, es válida, al menos –como refiere la SAP de A Coruña (sección 6ª) de 6 de noviembre de 2007 (JUR 2008\67616)- en dos supuestos concretos: (a) cuando existe una manifestación de voluntad del *dominus negotii*, en virtud de la cual éste último admite la autocontratación –lo que equivaldría a una previa renuncia del mandante que le privaría de la posibilidad de denunciar después el auto-contrato-; y (b) cuando se da una total inexistencia de conflicto de intereses entre representante y *dominus negotii* con plena exclusión de la posibilidad de riesgo de abuso o conflicto.

No es válido este negocio jurídico, salvo que sea expresamente autorizado en el poder de representación –y así lo señala la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002\7322)-, cuando: (a) en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses; y (b) cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto.

En resumen, y como acaba argumentando la jurisprudencia –STS 29/11/2001 antes reseñada- la validez de la autocontratación está en función de la prevención de la colisión de intereses y está por ello supeditada: (a) a la existencia o no de tal conflicto y (b) en caso de conflicto, a la falta de previa licencia o posterior asentimiento o ratificación del interesado.

Hemos de concluir, por tanto, en que la aplicación del art. 3:205 PECL por la SAP Baleares en cuestión –de 10 de julio de 2007-, aunque se invoca como si de norma aplicable se tratara (no dice que sea texto interpretativo que autoriza la jurisprudencia del Tribunal Supremo), no viene sino a confirmar la construcción que de esta figura jurídica tiene realizada nuestra doctrina jurisprudencial.

D. Del capítulo 4 (validez del contrato): art. 4:109 (beneficio exclusivo o ventaja injusta: SSTS 16 febrero 2010, 24 junio 2011; STSJ Cataluña (Sala Social) 12 julio 2012; y Sentencias varias Audiencias Provinciales

Lo primero que se encarga de establecer este capítulo (art. 4:101) es que, al tratar sobre la validez del contrato, no se refiere, en estos casos, a las causas de su ineficacia y nulidad por razón de ilicitud, inmoralidad²⁶¹ o incapacidad²⁶². Lo que regula es la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad del contrato en los casos a que nuestro ordenamiento se refiere en el art. 1265 CC (“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”), pero teniendo en cuenta que los PECL parten siempre de la innecesiedad, en un principio, de que intervenga el órgano judicial, sino que establecen un sistema de comunicaciones entre ambas tendentes a resolver el conflicto antes de acudir a los tribunales.

Y uno de estos casos es la regla del art. 4:109 PECL, que permite la anulabilidad del contrato obtenido por medios contrarios a los principios de la buena fe y lealtad contractual, o que su contenido económico sea también contrario a esos mismos principios (beneficio excesivo o por ventaja injusta).

El texto del art. 4:109 PECL señala que:

- (1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:
 - a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y
 - b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

²⁶¹ Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1275 CC). Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa (art. 1116 CC)

²⁶² El consentimiento es un requisito esencial para la validez del contrato (art. 1261.1º CC), y no pueden prestarlo (1º) los menores no emancipados, y (2º) los incapacitados (art. 1263 CC), incapacidades éstas sujetas a las modificaciones que la ley determina y entendidas sin perjuicio de las incapacidades especiales que la ley establece (art. 1264 CC).

- (2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de buena fe contractual.

La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.

En realidad, es uno de los casos más típicos del dolo (aunque en los PECL se acoge como vicio independiente), al que se ha hecho referencia en las SSTs de 16 de febrero de 2010 (ROJ STS 554/2010) y 24 de junio de 2011 (ROJ STS 5875/2011). También en la STSJ de Cataluña (Sala Social) de 12 de julio de 2012 (JUR 2012, 297275); y en otras varias de las Audiencias Provinciales, como, por ejemplo: SSAP Tenerife de 1 de octubre de 2008 (ROJ SAP TF 1962/2008) y 30 de junio de 2010 (ROJ SAP TF 718/2010); SSAP Asturias de 26 octubre 2012 (JUR 2012, 371152), 30 octubre 2012 (JUR 2012, 397225), 31 octubre 2012 (JUR 2012, 399310) y SAP Tenerife de 4 junio 2013 (JUR 2013, 246486).

En los comentarios del texto se parte del principio “*pacta sunt servanda*” y de libertad de pactos, sin que se deban calificar las prestaciones que se intercambian como prestaciones de valor equivalente, porque el valor aquí es relativo, pero también se tiene en cuenta que muchos ordenamientos nacionales no admiten la validez de los contratos que supongan un grave y evidente desequilibrio, aunque sólo cuando esto derive de dos circunstancias sumadas: (a) por una parte, de una situación de debilidad de una de las partes en la negociación; y (b) además, que la otra parte se haya aprovechado de aquella debilidad conscientemente.

Una sola de las circunstancias –la posible debilidad de una de las partes- no puede ser por sí sola causa de anulación del contrato, porque supondría una fácil inseguridad jurídica en la contratación; y por la misma razón, tampoco puede por sí sola ser causa de anulación del contrato la ventaja excesiva (económicamente) o injusta (por ejemplo, porque aunque económicamente sea razonable, no debía habersele permitido que se desprendiera de la prestación).

Sin embargo, en las notas que siguen a los comentarios, comparando las distintas regulaciones de esta materia en los diferentes ordenamientos nacionales, señala que en todos los ordenamientos, para que se conceda protección al reclamante, la transacción ha de haber favorecido excesivamente a una de las partes o ser abusiva; la mayoría de los ordenamientos coinciden en otorgar protección sólo cuando la parte se ha aprovechado de la otra de manera deliberada, conscientemente, conocedor de las limitaciones de la otra parte (así en el Derecho inglés); y algunos ordenamientos, prima más la ventaja excesiva obtenida por una de las partes que la protección del contratante especialmente vulnerable (§ 879 ABGB austríaco; § 138 (2) BGB alemán; arts. 178 y 179 CC griego; § 36 de la ley

de contratos nórdica). La *laesio enormis* se admite en el ABGB austríaco -§ 934 y § 935- como motivo de anulación o de adaptación del contrato en que una de las partes recibe una contraprestación de menos del 50 por 100 del valor de su propia prestación, atendido el valor relativo de la misma en el momento de celebración del contrato.

Los PECL, según su propia exposición al final de la nota 3, no siguen la postura de prestar protección simplemente por el hecho de que el valor de las prestaciones sea desproporcionado, sino que siguen la postura que parece mayoritaria: la que permite que la parte que ha sufrido un contrato abusivo reclame a la parte que se hubiera aprovechado de sus especiales limitaciones (de la reclamante)

a) STS de 16 de febrero de 2010 (ROJ STS 554/2010) – Ponente: Encarnación Roca Trías

Se ejercita por la actora, de manera principal, la acción de nulidad del contrato de venta de acciones de una mercantil por vicio del consentimiento de la vendedora, al haber mediado dolo del comprador a través de maquinaciones insidiosas; de manera subsidiaria, por ser ilícita la causa de los contratos; y de manera más subsidiaria, por vicios del consentimiento (error en la formación de la voluntad de la vendedora).

La sentencia del Juzgado declara la nulidad del contrato por dolo del comprador en la formación de la voluntad de la vendedora; y, desestimado el recurso de apelación por la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 12 de julio de 2005, se acude al Tribunal Supremo con el siguiente resumen de hechos probados: (a) la actora – Evangelina- había heredado de su padre (fallecido en 1972), de su marido (fallecido en 1977) y de su madre (fallecida en 1989), el 62'30 por 100 de las acciones de una sociedad cuyo único bien lo constituía una determinada finca en Granollers (Barcelona); (b) la actora y el demandado, ahora recurrente –Luciano-, habían iniciado una relación sentimental que duró unos 17 años y durante este tiempo el recurrente fue haciéndose cargo de los asuntos económicos de la actora, quien le tenía una confianza absoluta; (c) en esta situación inicia el demandado gestiones con el Ayuntamiento para la recalificación de la finca, lo que tiene lugar mediante la aprobación de un Plan Parcial, y una vez aprobado aconseja el demandado a la actora la venta de las acciones de la sociedad, operación que se consuma con la venta del paquete de acciones a unas sociedades que, en realidad, y así se declaraba probado, se trataba de sociedades pantalla del demandado Luciano, de modo que fue él mismo quien adquirió por persona interpuesta: (d) poco tiempo después de la venta cesaron las relaciones personales entre la actora y el demandado Luciano.

El Juzgador de primer grado llega al convencimiento de la concurrencia de maquinaciones insidiosas en la formación del consentimiento de la vendedora..., que, de no haber concurrido, no hubieran implicado la venta en la forma y por el precio pactado; y de que, cegada por la confianza... emite su voluntad negocial viciada en cuanto a su libertad y conocimiento, por lo que concurren a su juicio los requisitos exigidos para la apreciación de dolo grave.

La Audiencia Provincial de Barcelona confirma la sentencia del Juzgado, y, recurrida en casación al Tribunal Supremo, en cuanto al primero de los motivos, en que se denuncia por el recurrente infracción de los arts. 1265, 1269 y 1270 CC (argumentando que la doctrina distingue entre el dolo causante y el dolo incidental, de modo que el dolo grave o determinante es aquel que provoca en el contratante un error que induce a contratar, señala que la actora, que ostentaba diversos cargos de responsabilidad en diferentes sociedades, pudo y debió cerciorarse antes de firmar el contrato de cuál era el precio del objeto que transmitía, lo que fue posible en un momento posterior, de modo que el error no se produjo por la conducta del recurrente, sino por la propia negligencia de la vendedora), el Tribunal Supremo lo desestima argumentando (FD 3) en primer lugar que:

“El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el art. 1269 CC, que lo define como aquella situación en que <... con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho>. De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, <dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio>, aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el art. 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él”.

“Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.”

Y frente al intento que hace la recurrente de que se declare que no había habido dolo causante, sino incidental, apoyándose en las SSTS de 17-2-2005 y 12-6-1982, en las que se afirma que el dolo no puede basarse en simples conjeturas, sino que debe probarse, el Tribunal Supremo argumenta (FD 4) que los recurrentes olvidan que la sentencia recurrida había considerado probado que la

conducta llevada a cabo por el recurrente constituyó un caso de dolo al usar maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones... y que habiéndose probado esta circunstancia, la apreciación de si se trataba de un dolo causante o de un dolo incidental correspondía a la sala sentenciadora... que ha considerado que se trata de un dolo grave y causante...

Y añade (en el último párrafo de este FD 4), que:

“Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato, es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4:109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad.”

b) STS (Sala de lo Social) de 24 de junio de 2011 (ROJ STS 5875/2011)- Ponente: J. M. López García de la Serrana.

En la **STS (Sala de lo Social) de 24 de junio de 2011**²⁶³, la cuestión planteada se refería a si era válido el consentimiento prestado por una trabajadora (cajea de un centro comercial) al firmar una baja voluntaria o si le afectaba algún vicio del consentimiento, concretamente la intimidación, al haber actuado así como consecuencia de que la coordinadora de las cajas le había expuesto una serie de incidencias que le eran imputables y que iba a trasladar al departamento de personal a los efectos oportunos, contestándole la coordinadora que desconocía la trascendencia del asunto y si podía afectar o no a las demás cajeras, a preguntas de la propia trabajadora. Después de firmar la baja voluntaria, la trabajadora denuncia por coacciones y se tramitan las oportunas diligencias previas judiciales.

El Juzgado de lo Social declara improcedente el despido; la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación y revoca la sentencia del Juzgado, desestimando, en consecuencia, la demanda.

Planteado recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo en esta sentencia aborda la cuestión acudiendo a su doctrina expuesta en sus SSTS de 6 de febrero de 2007 (en el recurso 5479/2005) y de 13 de mayo de 2008 (en el recurso 2709/2007), al exigir “para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación

²⁶³ A esta sentencia y a su voto particular, con transcripción de sus argumentos e invocación del art. 4:109 PECL se referirá la STSJ Cataluña (Sala Social, sección 1) de 12 de julio de 2012 (JUR 2012, 297275)

encuadrable en el art. 1267 CC es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito...”; que “ningún precepto legal establece en orden a la toma de decisión de que aquí se trata, que haya de adoptarse por el trabajador mediando un p lazo de reflexión...”; que esta jurisprudencia “es acorde con la doctrina civilista sobre la intimidación a que se refiere el art. 1267 CC y que, ante todo, requiere la existencia de una amenaza, de un peligro real y no incierto e inconcreto que determine la declaración de voluntad viciada, así como que esa amenaza debe crear una situación de temor en el sujeto intimidado, elementos ambos cuya apreciación dependerá de las circunstancias de cada caso, sin que el ejercicio correcto y no abusivo de un derecho pueda ser considerado como acto injusto cuando se anuncia anticipadamente, siempre que con ello no se pretenda obtener una ventaja injusta (SSTS de la Sala 1ª, de 18 de febrero de 1944, 21 de marzo de 1950 y 22 de abril de 1991)”. Y aplicando esta doctrina al caso de autos, desestima el recurso de casación.

En esta sentencia se formula Voto particular por el Magistrado Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhieren otros (Fernando Salinas Molina, Jordi Agustí Juliá, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Rosa María Viroles Piñol, María Lourdes Arastey Sahun y Manuel Ramón Alarcón Caracuel), en cuyos argumentos (FD 5) razonan que la doctrina comúnmente aceptada exige como requisito imprescindible para viciar el negocio jurídico y presupuesto del texto legal (art. 1267.2 CC) la ilicitud de la intimidación, conforme a los principios generales del ordenamiento jurídico (la intimidación *adversus bonus mores* del Derecho Romano); y en el caso de autos, “por sí mismo”, el ofrecimiento de una alternativa a la responsabilidad disciplinaria, ciertamente no puede calificarse como intimidación enervante del válido consentimiento...

Sin embargo, se añade en este Voto particular una matización a esa abstracta legalidad de la alternativa ofrecida por la empresa al trabajador (baja voluntaria, antes que se le despida), y es que el art. 1267 CC no adjetiva de ilícito o injusto el mal inminente y grave que es presupuesto de la intimidación, y debe atenderse a la edad y a la condición de la persona, planteamiento que excluye que el vicio del consentimiento pueda contemplarse desde un punto de vista abstracto y que por lo mismo cobra singular importancia en el marco de una relación jerarquizada laboral, en que por esa básica desigualdad de las partes en el contrato es más fácil que se produzca una situación de desamparo frente a lo que puede vivirse como una coacción moral por parte de los superiores.

Y estas afirmaciones, considera este Voto particular que cobran especial importancia.

“... si atendemos a la consideración –destacada por la doctrina- de que la necesidad de garantizar que el contrato es producto de una voluntad consciente, racional y libre representa un punto de convergencia en el Derecho Comparado de las diferentes épocas y de que diversas

circunstancias personales (dependencia, confianza, ignorancia, inexperiencia, falta de capacidad negociadora) u objetivas (dificultades económicas, necesidades urgentes) pueden justificar la anulación del negocio jurídico si la otra parte es conocedora de ellas y de las mismas se aprovecha, conforme al art. 4:109 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), cuyo origen común permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes del Código Civil en esta materia... y que bien pudieran consentir una reinterpretación del concepto clásico de la intimidación, en forma similar a como se ha producido en países de nuestro entorno jurídico (así, sentencia del Tribunal de Casación francés 03/04/2020, *Kannas versus Larousse-Bordas*, admitiendo la “violencia económica” como vicio del consentimiento)...”

c) STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 12 julio 2012 (ROJ STSJ CAT 8088/2012) – Ponente Miguel Ángel Falguera Baró

Se trata de una demanda por despido disciplinario de una trabajadora contra Caprabo y el Fondo de Garantía Salarial en que el Juzgado declara su improcedencia y en que se declara probado que la trabajadora, al salir del centro de trabajo fue requerida por el vigilante para que le mostrara el contenido de una bolsa que llevaba; y al encontrar en su interior algunos productos del supermercado sin tiquet de compra (barra de pan -30 céntimos- y otros productos de promociones –regalos promocionales que se dan a los clientes al adquirir un determinado producto-), el vigilante solicitó por el teléfono de emergencias 112 la presencia policial, indicando que tenían retenida una empleada del supermercado que había hurtado una serie de productos.

Al reconocer la trabajadora que no había adquirido los productos que daban derecho a esos regalos promocionales, el supervisor le aconsejó que cesara voluntariamente porque si no la despedirían y la denunciarían, lo que podía perjudicarle en el futuro. A lo que accedió la trabajadora y firmó de su puño y letra en ese mismo momento que quería la baja voluntaria. En ese momento estaban presentes el supervisor, los agentes de policía, la responsable del local y otra trabajadora. La responsable del local manifestó a los agentes de policía que no presentaría denuncia por cuanto que la trabajadora había accedido a pagar los productos.

En argumento contra el recurso planteado por Caprabo considera el TSJ de Cataluña (Sala de lo Social) que es significativa la STS de 24/06/2011 (que se acaba de reseñar en el apartado b] anterior), pero que aún es más significativo el Voto particular que se pronuncia en la misma sentencia, y lo transcribe

literalmente, que es en el que, como ya hemos expuesto, se hace referencia al art. 4.109 PECL.

d) SAP Tenerife de 1 de octubre de 2008 (ROJ SAP TF 1962/2008).

La SAP Tenerife de 1 de octubre de 2008 argumenta (FD 4) que el caso enjuiciado “puede asimilarse a alguno de los supuestos contemplados en los denominados Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), surgidos bajo la iniciativa de la Unión Europea; en concreto, el art. 4:109 PECL contempla una actuación similar en una situación de confianza entre ambas partes contratantes (como puede ser la relación de servicios entre Abogado y cliente) de la que una de ellas se aprovecha de una manera gravemente desleal para obtener una excesiva ventaja; en tal caso, el contratante perjudicado puede impugnar el contrato, si bien se permite su readaptación.”

e) SAP Tenerife de 30 de junio de 2010 2010 (ROJ SAP TF 718/2010).

La SAP Tenerife de 30 de junio de 2010 considera aplicable la regla del art. 4:109 PECL (como texto interpretativo que ya autoriza la STS de 17 de diciembre de 2008 –dice-, por citar alguna de las más recientes, y las que en ella se citan), en los casos de autocontratación –figura reconocida por nuestro ordenamiento cuando la persona representada ha prestado explícitamente su consentimiento para la misma-, cuando en esa relación de confianza entre las partes una de ellas se aprovecha “en forma gravemente desleal y contraria a la buena fe para obtener una ventaja excesiva en perjuicio de la otra, situación en la que cabe incluir la relación de mandato con facultades de autocontratación a través de la cual se obtiene ese tipo de ventaja”.

f) SAP Tenerife de 22 de noviembre de 2012 (ROJ SAP TF 2668/2012)

La SAP Tenerife de 22 de noviembre de 2012 estudia la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap) que declara la sentencia del Juzgado por error inducido en el consentimiento, y que mantiene, y entre otros argumentos considera que el error vicio del consentimiento se infiere de la falta de información necesaria o de la inadecuada información suministrada, que podía haber sido fácilmente vencido si,

en efecto, la lectura de los contratos hubiera permitido una comprensión precisa de su contenido y de las posibles consecuencias resultantes, pero no era así; y, además, también considera de interés tener en cuenta la influencia de una relación de confianza entre el personal del banco y su cliente en la suscripción de este tipo de contratos, pues esta relación genera precisamente una seguridad en el cliente sobre la realidad de la información que recibe y la creencia e incluso certidumbre de que se le está ofreciendo un producto que se ajusta a los términos de la información. Y es aquí cuando razona que,

“[E]n este sentido puede ser oportuno una referencia a los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL) que, en función del origen común de las reglas que integran su contenido, permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil, tal y como se han utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de este Tribunal de 17 de diciembre de 2008, por citar alguna de las más recientes, y las que en ella se recogen). Pues bien, el art. 4:109 PECL contempla la posibilidad de la impugnación de los contratos en una relación de confianza entre las partes de la que una de ellas se aprovecha en forma gravemente desleal y contraria a la buena fe para obtener una ventaja excesiva en perjuicio de la otra parte”.

f) SAP Tenerife de 4 de junio de 2013 (JUR 2013, 246486).

La SAP Tenerife de 4 de junio de 2013, también en relación a la anulación de un contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap), acoge literalmente el argumento antes transcrito de la sentencia de la misma Audiencia de 22 de noviembre de 2012.

g) SSAP Asturias 397/2012, de 26 de octubre (JUR 2012, 371152), 405/2012, de 30 de octubre (JUR 2012, 3977225), y 412/2012, de 31 de octubre (JUR 2012, 399310)

Las SSAP Asturias 397/2012, de 26 de octubre, 405/2012, de 30 de octubre, y 412/2012, de 31 de octubre, tratan también en relación a la anulación de contratos bancarios (swaps); y, entre sus razonamientos, se apoyan en la SAP de Tenerife, sección 4ª, de 23 de mayo de 2012 que acabamos de reseñar y en que se utiliza el art. 4:109 PECL, en la que dicen se hace un interesante estudio sobre la relación de confianza que existe en este tipo de contratos y su relación con los PECL.

La aplicación que hacen todas las sentencias reseñadas en relación al art. 4:109 PECL, es de refuerzo de sus propios argumentos, basados ya en la doctrina jurisprudencial anterior y en las concretas normas aplicables de nuestro ordenamiento jurídico positivo, cuales son, fundamentalmente, los arts. 1261, 1265 y 1269 CC.

El art. 1261 CC enumera como uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos la prestación del consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1262 CC), siendo nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC), y habiendo dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho (art. 1269 CC), dolo que para que produzca la nulidad de los contratos ha de ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes (art. 1270 CC), pues el dolo incidental sólo obliga al que lo emplea a indemnizar daños y perjuicios (art. 1270.2 CC).

D. Del capítulo 5 (interpretación del contrato)

1. Arts. 5:101 (reglas generales de interpretación)

En el art. 5:101 PECL se recogen las reglas generales de interpretación de los contratos para determinar su contenido cuando éste no se aprecia fácilmente, (i) porque se establezcan cláusulas ambiguas, oscuras o vagas, o bien (ii), aunque la cláusula en sí misma sea clara, sin embargo entre en contradicción con las demás o no resulta clara si se tiene en cuenta el contrato en su conjunto, y se acoge el principio general más comúnmente aceptado en los ordenamientos jurídicos, que es el de primar la intención común de los contratantes, derivado de la propia teoría del contrato y su carácter voluntarista.

Art. 5:101 PECL – Reglas generales de interpretación

- (1) Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas.
- (2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.
- (3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría

toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias.

En nuestro ordenamiento, podemos decir que la primera regla (1) es coincidente con lo establecido en el art. 1281.2 CC, que dispone que prevalezca la intención evidente de los contratantes, si las palabras parecen contrarias a esa intención. La segunda regla (2), que es del Derecho inglés, podemos entenderla asimismo aplicable a nuestro ordenamiento por la vía del art. 8 (1) CISG, que establece que a los efectos de dicha Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención “cuando la otra parte haya conocido, o no haya podido ignorar, cuál era esa intención”.

Y, tanto esa segunda regla, como la regla (3) de interpretación objetiva, podemos extraerla de la disposición del art. 1258 CC, cuando impone que los contratos obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Invocando la regla del art. 5:101 PECL se han pronunciado hasta la fecha ocho sentencias del Tribunal Supremo, de las que todas ellas ha sido ponente el mismo magistrado (Rafael Gimeno-Bayón Cobos), que relacionaremos a continuación, por orden cronológico, y en cada una de ellas con llamada a pie de página trasladaremos sus argumentos, porque, en conjunto, nos alecciona de la problemática y de la acomodación de nuestras reglas al sistema establecido por los PECL.

Estas sentencias han sido: la **STS 371/2010, de 4 de junio** (ROJ STS 3881/2010)²⁶⁴, la **STS 344/2010, de 9 de junio** (ROJ STS 4587/2010), en que se parte como premisa, en primer lugar, de lo ya declarado por la anterior (STS 371/2010, de 4 de junio)²⁶⁵, la **STS 680/2010, de 10 de noviembre** (ROJ STS

²⁶⁴ “En nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009.

“Esta regla no es contradictoria con la previsión contenida en el artículo 1281 del Código Civil que, de acuerdo con criterios de normalidad, se revela como una valiosa herramienta para descubrir lo pretendido por los contratantes, pero no dice que *“si los términos de un contrato son claros se estará al sentido literal de sus cláusulas”*, al exigir que, los términos, además de claros, *“no dejan duda sobre la intención de los contratantes”*.

²⁶⁵ “Para dar respuesta a la cuestión planteada conviene dejar sentadas las siguientes premisas:

1) Como tenemos declarado en la sentencia número 371/2010, de 4 de junio, en nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes - también es esta la finalidad que en el plano doctrinal atribuye a la interpretación contractual el

6380/2010)²⁶⁶, la **STS 120/2011, de 17 de marzo** (ROJ STS 2501/2011)²⁶⁷, la **STS 201/2011, de 4 de abril** (ROJ STS 2480/2011)²⁶⁸, la **STS 74/2012, de 29 de**

número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos, y en el ámbito de los trabajos prelegislativos el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009-.

2) La previsión contenida en el artículo 1281 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar es preciso tener en cuenta el principio *id quod plerumque accidit*, de acuerdo con el cual, cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo realmente querido por los dos contratantes suele coincidir con lo que los dos declararon querer.

3) El referido precepto, a diferencia de otros sistemas como el portugués que en el número 1 del artículo 236 Código Civil, bajo el título *sentido normal da declaração*, prima la interpretación literal sobre lo querido – *A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele* (*La declaración negocial tiene el sentido que un destinatario normal, colocado en la posición de destinatario real, pueda deducir del comportamiento del declarante, salvo si éste razonablemente no pudiera contar con tal interpretación*), no prima el sentido literal de lo estipulado sobre la intención de las partes aunque los términos sean claros, al exigir que, además, no dejen duda sobre la intención de los contratantes o, dicho de otra forma, que no dejen duda de que el sentido razonable de lo que efectivamente se declaró coincide con la intención de las partes o, dicho de otra forma, el artículo 1281 del Código Civil no dice que "*si los términos de un contrato son claros se estará al sentido literal de sus cláusulas*".

4) Cuando la voluntad se ha declarado por escrito, nuestro Ordenamiento, a diferencia de otros inspirados en la regla de "los cuatro corners", permite acudir para investigar la intención de los declarantes a elementos externos al propio documento.

²⁶⁶ “La respuesta a la cuestión así planteada debe partir de las siguientes premisas:

1) A diferencia de aquellos sistemas como el portugués, en los que la interpretación del contrato tiene por finalidad descubrir el significado que un destinatario razonable atribuiría a la declaración negocial, en el nuestro, en el que el concepto de contrato se construye sobre la base de lo consentido por las partes, de forma idéntica a la prevista en el artículo 1156 del Código de Napoleón y en el 1362 del Código Civil italiano, como

tenemos declarado en la sentencia 371/2010, de 4 de junio de 2010: "*tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5 :101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos, y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009*".

2) Este objetivo no es contradictorio con la previsión contenida en el artículo 1281 del Código Civil, ya que la interpretación literal de la declaración común a ambos contratantes, o, mejor dicho, la interpretación razonable de lo que literalmente fue declarado por los contratantes, se revela como una valiosísima herramienta para descubrir lo pretendido por estos, toda vez que, cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo razonable es que lo que realmente se manifestó querer coincida con lo que las partes verdaderamente quisieron, pero sin que nada impida acudir a elementos externos al propio contrato para conocer si efectivamente los términos responden a la intención de los contratantes.

3) (...)

²⁶⁷ **“La interpretación en la compraventa internacional.-** En nuestro sistema la perfección del contrato descansa sobre la idea del "consentimiento de los contratantes", por lo que, como tenemos declarado en las sentencias 371/2010 de 4 de junio, y 344/2010

de 19 de julio, la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar en que consintieron realmente los contratantes, su verdadera intención -también es esta la finalidad que en el plano doctrinal atribuye a la interpretación contractual el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos, y en el ámbito de los trabajos prelegislativos el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009-.

“También es esta la finalidad perseguida por la primera de las reglas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, bien que aparentemente se hace necesario matizar que la norma internacional que, al regular de forma detallada el proceso de construcción del contrato, acentúa la importancia de las declaraciones unilaterales –oferta y aceptación- y sigue de forma atenuada las reglas romanas *"in ambiguis orationibus maxime sententia expectanda est eius, qui eas protulisset (D. 50,17,96) (En las declaraciones ambiguas, debe atenderse sobre todo a la voluntad del que las hizo)* y *" quod factum est cum in obscuro sit, ex affectione cuiusque capit interpretationem" (Cuando es oscuro lo que se ha hecho, debe interpretarse según la voluntad del que lo hizo) (D. 50,17,168,1)*, al exigir que la intención de quien emite la declaración o ejecuta el acto sea conocida o tuviese el deber de conocer tal intención, a cuyo efecto en el artículo 8.1 [CISG] dispone que *"A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención"*.

“No es esta la finalidad de la interpretación contractual a tenor de la segunda regla contenida en el apartado 2 del artículo 8 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 que, de forma coincidente con la regla 2 del artículo 5:101 de los Principios de Derecho contractual europeo, el apartado 2 del artículo 4.1 y el apartado 2 del artículo 4.2 de los Principios UNIDROIT, contiene una regla interpretativa asentada en principios

de autorresponsabilidad y dispone que *" Si el párrafo precedente no es aplicable (la intención de una de las partes entendida por la otra), tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte"*.

²⁶⁸ **“La interpretación de los contratos.- La interpretación literal.-** En nuestro sistema la perfección del contrato descansa sobre la idea del "consentimiento de los contratantes", por lo que, sin perjuicio de su vertiente de norma interpretativa como consecuencia del principio de autorresponsabilidad, como tenemos afirmado en las sentencias 371/2010 de 4 de junio, y 344/2010 de 19 de julio, su interpretación tiene por finalidad investigar en que consintieron realmente los contratantes, su verdadera intención -también es esta la finalidad que en el plano doctrinal atribuye a la interpretación contractual el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos, y en el ámbito de los trabajos prelegislativos el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009-.

“Lo expuesto es determinante de que la previsión contenida en el primer párrafo del artículo 1281 del Código Civil deba entenderse en el sentido de que si los términos del contrato son claros e inequívocos lo normal *-id quod plerumque accidit-*, es que lo que se manifiesta consentir por los contratantes coincida con lo que efectivamente se consintió, lo que se acentúa en el supuesto de contratos suscritos por profesionales que se presume son perfectos conocedores del lenguaje que utilizan, de lo que constituye una manifestación la previsión contenida en el artículo 57 del Código

febrero (ROJ STS 1061/2012)²⁶⁹, la **STS 285/2012, de 8 de mayo** (ROJ STS 4177/2012)²⁷⁰, y la **STS 561/2012, de 27 de septiembre** (ROJ STS 6196/2012)²⁷¹.

de Comercio, al disponer que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas (entre otras muchas en este sentido, sentencia 559/2010, de 21 de septiembre).

²⁶⁹ A lo expuesto cabe añadir que, a diferencia de aquellos ordenamientos en los que para la interpretación de los contratos el intérprete, básicamente, debe ceñirse a los términos en los que las partes expresaron obligarse -así el número 1 del art. 236 Código Civil portugués, "[a] *declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele* ([l]a declaración negocial tiene el sentido que un destinatario normal, colocado en la posición de destinatario real, pueda deducir del comportamiento del declarante, salvo si éste razonablemente no pudiera contar con tal interpretación)-, el nuestro, fiel a la idea de que el contrato descansa sobre el "consentimiento de los contratantes", persigue la investigación de lo que las partes realmente convinieron, con independencia de que lo expresado se ajuste o no literalmente a lo querido, por lo que la previsión contenida en el primer párrafo del art. 1281 CC -"[s]i los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas"- debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar, es preciso tener en cuenta el principio *id quod plerumque accidit* (lo que suele acontecer), de acuerdo con el cual, cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo razonable es que lo convenido coincida con lo que los contratantes declararon consentir, pero sobre lo declarado prima lo querido -así los dispone el segundo párrafo "[s]i las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas-.

"Este es el criterio mantenido en otros ordenamientos próximos -el artículo 1156 del Código de Napoleón dispone que "[o] *n doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ([e]n las obligaciones se deberá buscar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de los términos; y el 1362 del Código Civil italiano que "[n]ell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole ([e]n la interpretación del contrato se tiene que indagar cual ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras)-, y es el que sostienen las actuales tendencias doctrinales -el artículo 4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos

comerciales internacionales dispone que [e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes"-; el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos que "[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras-; y el 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, que "[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras".

²⁷⁰ *La interpretación literal del contrato.*- A diferencia de otros sistemas que en la interpretación de los contratos se inclinan, de forma explícita y clara, por la prevalencia de la intención de las partes -así el artículo 1156 del Código de Napoleón dispone que "[o] *n doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au*

sens littéral des termes (En las obligaciones se deberá buscar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de los términos) ; y el 1362 del Código Civil italiano "[n] ell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole (En la interpretación del contrato se tiene que indagar cual ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras)-, el primer párrafo del art. 1281 CC no recoge con la deseable claridad la primacía de lo realmente querido por las partes sobre lo que dijeron querer, pues dispone que "[s] i los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas", lo que ha dado pie a interpretar que si los términos de un contrato son claros se estará al sentido literal de sus cláusulas, aplicando el principio proclamado por PAULO " cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio" (cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad) (D. 32.25.1), con olvido de que, además de ser claros, la norma exige que no dejen duda sobre la intención de los contratantes y de que, como precisa el segundo párrafo, " si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas" .

“En definitiva, en nuestro sistema, la interpretación del contrato no puede quedarse en el análisis de lo que se manifestó querer y de si la expresión es clara, ya que, sin perjuicio de que puedan entrar en juego reglas interpretativas y el principio de autorresponsabilidad por lo declarado, prevalece lo realmente querido por las partes. En tal sentido son de destacar con las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales *-[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes-*, el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos *- [e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras-* y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 *- [l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras-*.

“Lo expuesto no priva de todo valor a lo expresado por los contratantes si fuera claro, pues, de acuerdo con el principio de normalidad, cristalizado en el principio *id quod plerumque accidit* (lo que suele acontecer en la mayoría de los casos), la literalidad de lo manifestado constituye una muy valiosa herramienta para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada.

“Eficacia interpretativa del comportamiento previo de las partes.- De forma paralela a la prevista en el segundo párrafo del art. 1362 CC italiano - Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto (Para determinar la común intención de las partes, se tiene que valorar su comportamiento, incluso el posterior a la conclusión del contrato)-, e l art. 1282 CC dispone que "[p]ara juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato" .

“El silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión "principalmente" referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta -en este sentido, las sentencias 210/2000, de 8 de marzo , y 294/2008, de 29 de abril - pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una "voluntad contractual aún itinerante".

2. Art. 5:102 PECL (circunstancias relevantes).

Las reglas de interpretación de los contratos y de sus cláusulas parten de la primacía casi absoluta de la búsqueda de la voluntad de las partes en sus propias

“Esta posición, de nuevo, coincide con las corrientes doctrinales actuales manifestadas en el artículo 5:102 de los principios de Derecho europeo de los contratos -“*[p]ara interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares*” - y el número 1 del artículo 1279 de la Propuesta de Anteproyecto de modernización - -“*[p]ara interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores*”.

“En el caso enjuiciado, no es dudoso que los contratantes, a fin de evitar malentendidos, pueden prever de forma expresa la ineficacia de los actos anteriores o formular precisiones sobre su alcance -en este sentido, el apartado 3 del art. 2:105 de los principios de Derecho europeo de los contratos dispone que “*[l]as declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual*”-.

²⁷¹ “*La interpretación literal de los contratos vs. lo querido por las partes.*- A ello añadiremos que en un sistema consensualista como el nuestro, en el que el contrato se sustenta en lo “consentido por los contratantes”, el primer párrafo del artículo 1281 del Código Civil no recoge con la deseable claridad la primacía de lo realmente querido/consentido por las partes sobre lo que dijeron querer pero no consintieron, de tal forma que la interpretación no puede quedarse en el análisis de lo expresado con claridad, sin investigar si coincide con lo querido o, por el contrario, consciente o inconscientemente los contratantes expresaron algo diverso. En definitiva, si se demuestra una voluntad común diferente a lo que se deduce de lo expresado, prevalece lo realmente querido ellos. Tan sólo cuando no hay prueba de lo consentido entra en juego la regla interpretativa que, partiendo, por un lado, del clásico principio *id quod plerumque accidit* (lo que acontece en la mayoría de los casos) o de normalidad y, por otro, del de autorresponsabilidad por lo declarado, impone tener por consentido lo que con claridad expresaron consentir.

“En este sentido hemos declarado, entre otras en la sentencia 285/2012, de 8 de mayo, que las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto: en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales -“*[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*”-; el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos - -“*[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes*

aunque difiera del significado literal de las palabras”-; y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 - -“*[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras*”- , de tal forma que la literalidad de lo manifestado constituye una herramienta, muy valiosa pero nada más, para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada.

intenciones, según se deduce del art. 5:101 (1) PECL al establecer que el contrato debe interpretarse según la intención común de las partes, aunque difiera de la literalidad de sus términos; y sólo cuando esto no sea posible es cuando se acude a la interpretación razonable del contrato, colocando en el lugar de las partes y en las circunstancias del contrato a cualquier “persona razonable”. En ambos casos se han de tener en cuenta como circunstancias relevantes, nos dice el art. 5:102 PECL, cuestiones como la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias en que se celebra, los tratos preliminares, los actos coetáneos y posteriores de las partes, sus relaciones contractuales anteriores, el sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados, los usos, y, por supuesto, las exigencias de la buena fe.

Sobre las “circunstancias relevantes” en la interpretación del contrato (art. 5:102); y en concreto “los usos” –apartado f)-, y el “sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados” –apartado e)-, se han pronunciado las SSTS de 11 de julio de 2007 (Ponente: Encarnación Roca Trías) y de 2 de mayo de 2011 (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

En la **STS de 11 de julio de 2007** (JUR 2007, 5131), de la que es Ponente la Magistrada Encarnación Roca Trías, el pleito trataba de resolver la fijación de los honorarios de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, por sus servicios en una determinada intervención en que no habían pactado expresamente el precio y el contrato de mediación se convino de forma verbal. El Juzgado de instancia estima la existencia del contrato de mediación, verbal, en el que la gestión del agente demandante había permitido que ambas partes contratantes entraran en contacto al objeto de realizar la operación de venta, “... [P]ero al tratarse de un contrato verbal y no constar de forma fehaciente los pactos, aplicó lo dispuesto en los arts. 1258 y 1287 CC, obligando a los vendedores al pago de una cantidad de 5.5 millones de pesetas..., moderando la cuantía pedida por la actora que consideró excesiva en relación a la gestión realizada”

En apelación, la Audiencia entendió que debían satisfacerse los honorarios del mediador, “... y que a falta de acuerdo la suma debían fijarla los Tribunales, de modo que aplicando analógicamente el art. 227.2 del Código de comercio, rebajó la cuantía de la comisión a 2 millones de pesetas...”

En el recurso de casación se denuncia por el agente-demandante la infracción del art. 1287 CC y la jurisprudencia de las SSTS de 3-2-1998 (RJ 1998, 623), 4-7-1984 (RJ 1984, 3797), 30-4-1998 y 26-6 1994 (sic); y argumenta el recurrente que en aplicación del art. 1287 CC debería haberse aplicado la regla de la interpretación según los usos para suplir la omisión de las cláusulas que suelen establecerse en los contratos y que, en los casos de honorarios profesionales, son las del correspondiente Colegio.

El Tribunal Supremo resuelve en este caso la cuestión argumentado (FD 2), primero, que, si el contrato de mediación consiste y se limita a la puesta en

relación de los futuros contratantes sobre un objeto determinado, contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio (y cita el texto de la STS de 2-10-1999 –RJ 1999, 7007-), como así es, entonces en este aspecto las dos sentencias precedentes recaídas en el litigio habían reconocido la intervención del recurrente en la operación en cuestión, por lo que se hace necesario reconocer el derecho a su remuneración.

Otra cosa es la cantidad que deba pagarse al mediador a falta de pacto concreto, que en el caso se reclama que se interprete con base en el art. 1287 CC, en el que se establece se supla esta omisión según el uso o la costumbre, que el recurrente identifica con los criterios del Colegio profesional para el cálculo de los honorarios. Y, al respecto, la sentencia en cuestión argumenta –FD 2, párrafo tercero- que, “[E]l art. 1287 CC se inserta en una larga tradición que considera como reglas interpretativas las generales o usos externos a las partes; se trata de prácticas que personas en la misma situación y circunstancias que las propias partes consideran aplicables en sus contratos y que deben usarse para interpretarlo, excepto cuando no sean razonables en el concreto caso; se trata de comportamientos interpretativos generalizados y objetivos. Se encuentran recogidos en el art. 1159 del Código francés; art. 1368.1 del Código italiano y en el art. 8.3 de la Convención de Viena, así como en el art. 5:102, f) de los Principios del Derecho europeo de los contratos”.

Y una vez establecida esta interpretación del art. 1287 CC, en el párrafo siguiente de este mismo fundamento jurídico arguye la sentencia que, “... no puede denunciarse la interpretación realizada por la Sala sentenciadora, al aplicar una regla de equidad para determinar la cantidad a que tiene derecho el mediador, puesto que no ha demostrado que la interpretación efectuada por la Sala sea contraria a la voluntad de las partes, porque no ha podido ser probada más que en lo relativo a la conclusión del propio contrato, y las tarifas colegiales deben considerarse como pautas orientadoras y no se ha probado que constituyen el uso a que se alude en el art. 1287 CC.”

La sentencia hace en primer lugar una exégesis del art. 1287 CC, que encuadra en una larga tradición de reglas interpretativas generales o externas a las partes (interpretación objetiva) para averiguar la voluntad o intención común de los contratantes, y que a su vez cita que se enmarcan también en el ordenamiento jurídico de nuestro entorno, como el art. 1159 de Código civil francés y el art. 1368 del Código civil italiano, preceptos ambos que también se citan en los comentarios oficiales del art. 5:102 PECL que nos muestran sus redactores. Por tanto, la aplicación que aquí se hace del texto académico es de refuerzo argumental.

Sin embargo, la utilización que se hace en esta sentencia de esta regla específica de la “interpretación” del contrato en el caso de autos no nos parece acertada y puede que sea debido al ser inducido el Tribunal a seguir la trayectoria de los

argumentos invocados por la recurrente, refiriéndose a reglas de la “interpretación” del contrato, cuando lo que aquí se necesitaban –al ser un contrato verbal en el que nada se había convenido sobre los honorarios- eran reglas de “integración” del contrato.

El contrato de mediación o corretaje de que trata el pleito se había sido convenido de forma verbal, habiéndose acreditado la prestación del servicio por el mediador, pero no el precio que se hubiera pactado por esa prestación; por tanto, no es el caso de interpretar las cláusulas del contrato o el propio contrato, sino de “integrarlo”, porque –como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 1964 (RJ 1964, 209)- hay reglas de interpretación de los contratos (en aquel caso el art. 1281 CC) que no son aplicables a “términos ignorados” (en el mismo sentido la STS de 22 de diciembre de 1992 –RJ 1992, 10634- para los arts. 1281 y 1286 CC... “ya que dichos preceptos claramente se refieren a contratos por escrito, dado que en los verbales... no hay términos, ni sentido literal, que puedan ser objeto de interpretación conforme a esas normas [Sentencias de esta Sala de 22-2-1988 y 30-7-1991]”; para el art. 1282 CC se refiere la STS de 2 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9393], con cita de la Sentencia de 20-1-1964, “que este artículo (1282 CC) no es aplicable a la interpretación de contratos verbales de términos ignorados”).

Por tanto, en el caso de que trata la sentencia ahora en cuestión, al tratarse de un contrato verbal de mediación o corretaje y ser la determinación del precio de los honorarios un “término ignorado”, no cabe regla alguna de mera interpretación del contrato, ni por supuesto de la propia cláusula estipulatoria del precio, porque no existe, sino de “integrar” el contrato con la determinación o fijación del precio que corresponde como contraprestación por los servicios del mediador, y en tal caso buscar esa determinación haciendo uso de las reglas de “integración” del contrato y en concreto la que de manera específica y a tal efecto se contiene en el art. 6:104 PECL, y atribuir al contrato “un precio razonable”, que es en realidad lo que hace el tribunal en el caso concreto de autos, porque ya parte de la base fáctica de que “la conducta de la recurrente se limitó a obtener un posible comprador, sin intervenir para nada más en el desarrollo del contrato”, y, si esa limitación se reconoce a sus servicios, es lógico que el tribunal modere la suma de honorarios que pudieran establecer las normas colegiales, pero para razonar esa moderación debiera haberse conjugado el criterio de los usos de la regla de interpretación del contrato en cuestión –art. 5:102, f) PECL-, con las reglas de integración del contrato en la determinación del precio del contrato –art. 6:104 PECL- y con la definición de lo que deba entenderse por razonable –art. 1:302 PECL-, para concluir –como concluye la SAP Baleares de 4 de septiembre de 2007, referida en el epígrafe correspondiente al estudio de las reglas contenidas en los arts. 6:104 y 1:302 PECL- en que los “usos” y prácticas del ramo de la actividad en cuestión no pueden ser otros que las normas colegiales, y no concluir, como concluye, en que no aparece acreditado que las tarifas de tales normas constituyan el “uso” a que

alude el art. 1287 CC, porque, además, precisamente en los comentarios que siguen a la regla de determinación del precio razonable –art. 6:104 PECL- se explica como ejemplo que si la costumbre en un contrato con un arquitecto es basarse en las tarifas establecidas por el Colegio de arquitectos, el precio resultaría así determinable.

Aunque en las sentencias de instancia se hace uso en sus argumentos de los arts. 1258 y 1287 CC –al tratarse de un contrato verbal y no constar de forma fehaciente los pactos, aplicaron lo dispuesto en los arts. 1258 y 1287 CC, obligando a los vendedores al pago de una cantidad de dinero como precio por los servicios, moderando la cuantía-, sin embargo, el Alto Tribunal sólo advierte la utilización que se ha hecho del art. 1287 CC, en que los usos y costumbres se disponen como medios de interpretación de los negocios jurídicos, con función interpretativa, pero no advierte que también se había aplicado en las instancias inferiores el art. 1258 CC, en que los usos tienen ya una función integradora del contrato²⁷², al venir obligados los contratantes desde la perfección del contrato no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas sus consecuencias derivadas de su propia naturaleza, de la buena fe, de los usos y de la ley; y mediante esta función integradora del contrato a través de los usos se hace difícil pensar que las normas orientadoras de los honorarios de un colegio profesional no constituyan usos integradores de los contratos de prestación de servicios de tales profesionales.

Otra cosa es que, siguiendo por la vía de acudir para la determinación del precio a las normas colegiales de la actividad de la mediación o corretaje –del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria-, pudieran resultar sumas desproporcionadas a la concreta actividad que se hubiera llevado a cabo, ya que según la base fáctica de la sentencia parece ser que el agente “se limitó a obtener un posible comprador, sin intervenir para nada más en el desarrollo del contrato”, pero en tal caso, en lugar de rechazar tales normas colegiales como usos o prácticas del ramo de la actividad aplicables a la integración (que no interpretación) del contrato y determinación del precio, lo razonable hubiera sido acudir a la indiscutible facultad de moderación de los tribunales y ajustar la suma a lo razonable.

Tampoco se ha de olvidar que, en relación a la mayor o menor intervención que haya tenido el mediador en la operación gestionada, se declara probado en las sentencias de instancia –tanto de primero como segundo orden- que la gestión del demandante “permitió que ambas partes entraran en contacto al objeto de realizar la operación de venta”, y aunque la sentencia de la Audiencia limita la gestión sólo a esa puesta en contacto de comprador y vendedor, la doctrina jurisprudencial tiene dicho –como recoge la STS de 5 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 1032), que

²⁷² L. DÍEZ-PICAZO Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I Thomson-Civitas 6ª ed. Pág 509 “El uso aludido por el art. 1287 debe considerarse que es el mismo que menciona el art. 1258, con a diferencia de que en este último precepto cumple una función integradora del contrato, mientras que en el art. 1287 cumple una función interpretativa”

“el derecho a la remuneración no se pierde por la falta de cumplimiento del contrato, salvo pacto en contrario; tampoco en caso de desistimiento del contrato ya celebrado –SSTS de 5 de junio de 1946, 1 de junio de 1947 y 14 de noviembre de 1970-; e incluso, corresponde el pago aún después de extinguido el corretaje si la conclusión del contrato que fue objeto del encargo ha sido posible gracias a la actividad del <excorredor> -SSTS de 3 de junio de 1950, 7 de enero de 1957 y 21 de octubre de 1965). En otro espacio, un sector de la doctrina científica sostiene que cuando el principal y el tercero en un principio no contratan, para no pagar al corredor, y posteriormente llegan a un acuerdo, si así pudiera probarlo el corredor, le correspondería su retribución”.

En la **STS 292/2011, de 2 de mayo** (ROJ STS 2844/2011), de la que es Ponente el Magistrado Rafael Gimeno-Bayón Cobos, se reprocha a la recurrente que confunda los comportamientos interpretativos o reglas de interpretación de los contratos por medio de los actos de las partes realizados durante la fase de cumplimiento reguladas en el art. 1282 CC y que “consisten en actos comunes de las partes como expresión de una voluntad concreta” (STS 1018/2007, de 9 de octubre), con los actos unilaterales de las partes, en el caso de autos, que no interpretan el contenido de lo pactado, sino que exteriorizan su voluntad individual aunque coincidente de desvincularse de lo estipulado, y desestima el recurso en la medida en que la recurrente pretende que se revise la interpretación del contrato, lo que reiterada y unánimemente tiene declarado el Tribunal Supremo que es una función que corresponde a los tribunales de instancia, cuya interpretación ha de ser mantenida, salvo que su resultado fuera ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que disciplinan la interpretación, sin que en el caso de autos se haya apartado la sentencia recurrida de una interpretación de lo estipulado dentro de los límites de lo razonable.

Y se añade que, respecto a la interpretación de los contratos y su control, “[E]n nuestro sistema, al descansar el contrato sobre el consentimiento de los contratantes, la interpretación del contrato tiene por finalidad la investigación de lo que las partes realmente consintieron de común acuerdo con independencia de que la literalidad de lo expresado se ajuste o no literalmente a lo consentido, por lo que la previsión contenida en el artículo 1281 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar es preciso tener en cuenta el principio *id quod plerumque accidit*, de acuerdo con el cual, cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo razonable es que lo realmente convenido por los contratantes coincida con lo que declararon consentir.

“Cuando las expresiones utilizadas en los contratos son plurívocas, constituyen un valioso elemento para identificar el que quiso darse las prácticas del sector -en este sentido, aunque no constituyen Derecho positivo, resultan ilustrativas las previsiones contenidas en los artículos 5:102.e) de los principios de Derecho Europeo de los

contratos " *Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizadas (...)*"; 4.3.e) de los Principios UNIDROIT "(...) *deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial*; y 1279.4 del anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 "*Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 4. Los usos de los negocios*"-, especialmente cuando se trata de contratos suscritos por profesionales, afirmando el artículo 57 del Código de Comercio para los "*contratos de comercio*" que se ejecutarán y cumplirán "*sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas*".

3. Art. 5:103 (regla *contra proferentem*)

Esta regla se aplica tanto a la interpretación subjetiva [5:101 (1) y (2)], como a la interpretación objetiva del contrato [5:101 (3)] y tiene una finalidad protectora de la parte más débil en los contratos, tratando de impedir que la parte que ha favorecido la oscuridad de una cláusula se beneficie con ella; es decir, que la cláusula ha de interpretarse "contraria al estipulante".

La regla establece que,

"En caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto."

Se trata de una regla tradicional en los Códigos europeos, en los que se establece de una manera más o menos compleja: art. 1288 CC²⁷³; art. 1162 del Code francés; art. 1370 Código italiano.

En los comentarios de los PECL, respecto de esta regla, sus redactores exponen que es esta una regla antigua –*verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem*²⁷⁴– ampliamente reconocida en la legislación y, sobre todo, en la jurisprudencia de todos los ordenamientos nacionales e internacionales, ya sean del *Civil law* o del *Common law*: la parte que ha redactado una cláusula (o la totalidad de un contrato) deberá soportar en general el riesgo de errores de su

²⁷³ "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (art. 1288 CC).

²⁷⁴ Así la recoge LORD BACON como la tercera de sus veinticinco máximas o reglas (en "Collection of Some Principal Rules and Maxims of the Common Law", 1639)

redacción, lo que también es aplicable cuando se utilizan cláusulas tipo ya redactadas de antemano por una asociación profesional a la que pertenezca la parte que las utiliza; y se pone el ejemplo de un contrato de seguro en el que se excluyen las pérdidas causadas “por inundaciones”, según cláusula redactada por la compañía de seguros que después quiere evadir la indemnización de los daños provocados por “un escape de agua de una tubería reventada”, puesto que –se dice- no lo destacó claramente.

Otros autores citan como referente antiguo un texto del Digesto que se atribuye a Celso y que se expresa así: “*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*” (D. 34.5.26 “Cuando en una estipulación se plantea qué sea lo que se haya hecho, la ambigüedad va contra el estipulante”)²⁷⁵.

En las notas comparativas de su ordenación en las diferentes legislaciones nacionales se cita el art. 1288 CC y el art. 10²⁷⁶ de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de protección de consumidores (texto legal este último hoy derogado por la Disposición derogatoria única, apartado 2, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, refundición que se ha llevado a cabo en cumplimiento de la previsión recogida en la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que habilitaba al gobierno para refundir, en el plazo de 12 meses, en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en esta materia, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que debían refundirse).

Y así es que ambos preceptos legales –art. 1288 CC y art. 10 LGDCU- son tenidos en cuenta a la hora de aplicar la regla *contra proferentem* por la STS de 16 de diciembre de 2009 –RJ 2009, 702-, en la reclamación de la OCU contra BANKINTER con ocasión de una cláusula hipotecaria en que parecía prohibirse al hipotecante la enajenación de la finca, porque –argumenta la sentencia- no cabe tal interdicción, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor –prestatario-. Solo es responsable con el bien hipotecado y, además, en la medida de la hipoteca; tampoco el deudor prestatario puede liberarse de la deuda por la transmisión a un tercero, que la asume, sin el consentimiento del prestamista acreedor, porque la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor, pero sin que deba confundirse con la responsabilidad, que no deuda, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada.

²⁷⁵ Al respecto es interesante por su estudio sobre lo que deba entenderse por ‘ambigüedad’, el trabajo de ANA ISABEL CLEMENTE publicado en la RIDROM, octubre-2008, bajo el título de “Algunas observaciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica”

²⁷⁶ Art. 80 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En la **STS 38/2010, de 7 de enero** (ROJ: STS 38/2010), de la que es Ponente la Magistrada Encarnación Roca Trías, las partes litigantes habían concertado un contrato de seguro que se denominaba “incendio/todo riesgo daño material”, y entre los riesgos cubiertos se encontraba el laboratorio de equipamiento eléctrico de LABEIN –la demandante.

El edificio donde se encontraba el laboratorio sufrió importantes deformaciones por el asentamiento del terreno que obligaron primero a desalojar algunas áreas del edificio y después su ruina técnica, lo que obligó al traslado del laboratorio.

La causa de la ruina consta acreditada que fue la excavación del túnel de la línea II del metro de Bilbao.

Se argumenta en la sentencia que “las cláusulas particulares del contrato en cuestión, en lo que se refiere a la determinación del riesgo, adolecen de una absoluta imprecisión, que produce la perplejidad del intérprete. Así: (1º) el seguro se denomina “incendio/todo riesgo daño material y tiene por objeto cubrir los daños ocurridos <a consecuencia de un evento imprevisto, súbito y accidental en los bienes asegurados, como consecuencia de una causa no excluida expresamente en este contrato...>, de donde se deduce que un intérprete normal buscará a continuación cuáles son los daños excluidos de la cobertura pactada. (2º) Por ello, a continuación, la póliza señala cuáles serán estos daños, entre los que se describen el <... asentamiento normal, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios (en los términos de esta póliza) o de sus elementos o cimientos>. De donde debe deducirse que los daños ocasionados por el asentamiento normal del edificio quedan fuera de cobertura. (3º) Pero el asentamiento que produjo la ruina del edificio asegurado no fue el debido al paso del tiempo (que podría considerarse normal y, por tanto, excluido), sino a la construcción del túnel del metro de Bilbao, por lo que no resulta aplicable esta cláusula de exclusión; pero entonces la póliza señala que también estarán excluidos el <asentamiento, deslizamientos o hundimientos del terreno, contracción, dilatación y agrietamiento de edificios, a menos que estos hechos sean producidos directamente por un riesgo garantizado por la póliza.>”

Se evidencia así una falta de claridad en la póliza, que la sentencia concluye en que,

“... no debe perjudicar al asegurado, puesto que no la ha producido y la regla de interpretación de las cláusulas oscuras prohíbe que la oscuridad favorezca a la parte que la hubiese ocasionado (art. 1288 CC, así como el art. 5:103 PECL, que consagra un aspecto de esta norma, cual es la regla *contra proferentem*).

Se cita esta regla en la sentencia, a continuación del art. 1288 CC, ambos entre paréntesis, y para decir que la regla del texto académico –de interpretación de la cláusula oscura *contra proferentem*- consagra un aspecto del anterior; por tanto, es también una función de refuerzo argumental la que lleva a cabo aquí la referida cita, que no había venido siendo precisa en todos los anteriores pronunciamientos de nuestros tribunales. Así, ya en la STS de 9 de julio de 1979 –RJ 1979, 2936-, de la que fue Ponente JAIME DE CASTRO GARCÍA, frente a una alegación por el recurrente de infracción del art. 1288 CC, lo desestima argumentando que, “... el principio de interpretación *contra proferentem* y correlativa ventaja, para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en su redacción, es aplicable solamente en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral –SS de 18 de mayo de 1954 (RJ 1954\1565), 4 de noviembre de 1963 (RJ 1963\4344) y 22 de diciembre de 1971 (RJ 1971\5397-, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión, supuesto con el cual ninguna relación guarda el de autos...”

Y en el caso de autos a que se refiere la referida sentencia, se denunciaban impropiedades terminológicas y confusión en el uso de vocablos, como era denominar “subarriendo” a lo que propiamente significaba un “arrendamiento de industria”, o utilizar de manera equivalente las denominaciones de “local” y “establecimiento”, lo que considera el tribunal que obedece a la carencia de conocimientos jurídicos en los contratantes, pero que no ha supuesto ningún obstáculo para llegar a la correcta afirmación por la Sala de que mediante el contrato se entregó al arrendatario el goce de un complejo de elementos materiales coordinados entre sí y adecuados por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, que son los requisitos indispensables para apreciar la existencia de la “unidad patrimonial con vida propia”, a que se refería el art. 3.1 del Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 para excluir de su regulación al arrendamiento de “industria o negocio”.

También la **STS de 13 de diciembre de 1986** (RJ 1986\7439), del mismo Ponente, exigía para la aplicación de esta regla de interpretación *contra proferentem* dos presupuestos: por un lado, la redacción de la cláusula o del contrato de manera unilateral por una sola de las partes contratantes, y, por otro, y principalmente, el supuesto de oscuridad o equívoco sentido; así, refería en su Considerando segundo que, “[L]a regla de interpretación *contra proferentem*, acogida en el art. 1288 CC como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona...”

Y en el caso de autos examinado en la referida sentencia tampoco se daban ninguno de los dos presupuestos, por cuanto que no constaba “que el documento que a las partes liga haya sido formado por el arrendador sin intervención ni trato

previo con la arrendataria y tampoco adolece de confusión o de equivocidad a la hora de efectuar la búsqueda de la voluntad real de las partes...”

La aplicación del art. 1288 CC, en cuanto que determinante de una interpretación del contrato *contra proferentem*, argumenta también la **STS de 15 de diciembre de 1992** (RJ 1992\10406) que “sólo es viable si la cláusula denunciada... fuera oscura, de difícil comprensión, o de equívoco sentido...”

En palabras de la más reciente **STS de 25 de noviembre de 2009** (RJ 2009\7298), de la que es Ponente JOSÉ R FERRÁNDEZ GABRIEL, “... sólo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues ante esa falta de claridad y la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, protege al contratante que no causó la confusión –en tal sentido, las SS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4501) y 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1498)...”

Y la más reciente **STS de 22 de marzo de 2010** (JUR 2010\123522), de la que es Ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ, en relación también a la regla *contra proferentem* que impone la sanción a la parte que redactó el contrato de que no le favorezca la interpretación de una cláusula oscura, argumenta que, “... tal norma –refiriéndose al art. 1288 CC- parte de un presupuesto esencial, que es la oscuridad de una cláusula (así, sentencia de 10 de enero de 2006), no aplicándose cuando la cláusula no es oscura o dudosa (sentencia de 21 de septiembre de 2007) y responde al principio de la buena fe en la interpretación comercial (sentencia de 17 de octubre de 2007)”

En extenso podemos referirnos a la STS de 1 de marzo de 2007 (RJ 2007\1510), de la que es Ponente IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, y que después en este sentido transcribirá textualmente sus argumentos la STS de 11 de diciembre de 2007 (RJ 2007\8919) a través de su Ponente JOSÉ ALMAGRO NOSETE, que señalan la “*interpretatio contra proferentem*” como reflejo del art. 1288 CC., “... en el sentido, no sólo de sanción por falta de claridad sino, sobre todo, como protección de la contraparte –SS de 21 de abril de 1998 (RJ 1998, 2510), de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1444), con precedentes en las de 4 de febrero de 1972 (RJ 1972, 392), 22 de febrero de 1979, entre otras muchas-, que hoy es incardinable en la especial tutela que confieren a los consumidores preceptos, como el art. 10.2 LGDCU en que expresamente se ordena que <en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor>, lo que ya había sido indicado, para el caso de contratos de seguro, por una línea jurisprudencial consolidada –SS de 4 de julio de 1997 (RJ 1997, 5845), de 23 de junio de 1999 (RJ 1999, 4485), de 30 de octubre y 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9394), de 27 de noviembre de 1991, entre otras muchas-, señalando muchas veces la necesidad de una interpretación <en el sentido más favorable al asegurado> -sentencias de 31 de marzo de 1973, de 3 de febrero de 1989, entre otras- o, como decía la sentencia de 13 de junio de 1998 (RJ 1998, 4689), la interpretación <ha de marcarse en la dirección de evitar

abusos, provengan de donde provengan, y, en todo caso, evitar que las cláusulas o condiciones no muy concretadas puedan perjudicar al asegurado, interpretándose como cláusulas o condiciones limitativas de sus derechos. En el mismo sentido la Sentencia de 20 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8084), señala que, como dice la sentencia de 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9706), <es doctrina reiterada de esta Sala, tanto la emitida antes de la vigente Ley de Contrato de Seguro como la posterior, que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse a favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó –art. 1288 CC-, interpretación jurisprudencial derivada del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro>; la Sentencia de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9290) señala que <esta norma (se refiere al art. 1288 CC) establece la regla <contra proferentem>, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, como generalmente resulta el de seguro, lleva a que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará a favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU, y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.”

4. Art. 5:106 (interpretación útil)

Se trata de la regla tradicional que establece el principio de conservación del contrato (*favor contractus, favor negotii*) y que viene recogida también en distintos Códigos (art. 1.284 CC²⁷⁷; art. 1157 Code francés, §2084 BGB, art. 1367 Codice c., art. 1380 Código civil holandés, art. 1562 del chileno, art. 1300 del uruguayo...).

En los PECL se recoge esta regla en el art. 5:106 diciendo que,

“Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen.”

En el art. 4.5 PUCC se recoge también este principio de manera muy similar, disponiendo que “[L]os términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”. Y en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, de la Academia de Iusprivatistas

²⁷⁷ “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto” (art. 1284 CC).

européos (Pavía)²⁷⁸, coordinada por el Prof. Giuseppe Gandolfi, en el art. 40.1, en relación a las expresiones ambiguas establece que “[E]n la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben ser interpretadas en el sentido que les confiera algún efecto más que en el que se lo impida producir.”

En el corto comentario oficial que sigue al texto, sus redactores consideran justificada esta opción de primacía de la conservación de la eficacia de los términos del contrato, en la previa consideración de que las partes contratantes son personas sensatas que, normalmente, pretenderían que su contrato tuviera eficacia, invocando la máxima *interpretatio chartarum benigne facienda est ut res magis valeat quam pereat*.

Se trata de una regla o principio de interpretación aceptado universalmente, ya sea en el Derecho positivo, o ya sea jurisprudencialmente, como expresión de un principio general de conservación de los valores jurídicos, con la finalidad no solo de esclarecer el significado de un término ambiguo, sino ir más allá y asegurarle su eficacia jurídica, siendo así un principio que podemos señalar común a todos los ordenamientos jurídicos.

Es importante resaltar que este principio de interpretación útil o de interpretación a favor de la eficacia de las cláusulas contractuales, no se aplica en el Derecho de los consumidores para las cláusulas abusivas.

Nuestra jurisprudencia se ha apoyado en esta regla de los PECL para la interpretación del art. 1284 CC en las siguientes sentencias:

En la **STS de 25 de mayo de 2009** (JUR 2009, 2417), de la que es Ponente la Magistrada Encarnación Roca Trías, el pleito versaba sobre un documento que firman el 25-9-1976, entre los padres y los hijos, en que acordaban “dividir entre los mismos las propiedades de ambos cónyuges”, bajo unas determinadas condiciones: los padres se reservaban para mientras vivieran la casa donde habitaban y hasta el fallecimiento del último de los cónyuges, en que pasaría a propiedad de una de las hijas; cada uno de los hijos debía pagar a los padres una determinada cantidad de dinero -5.000 pesetas- cada año; para la asistencia personal de los padres se establece un turno entre los hijos; se limita la venta de los bienes que reciben los hijos al consentimiento previo de los padres...

Y el conflicto surge porque, habiendo otorgado el padre testamento en el que nombraba usufructuaria universal a su esposa y legaba a una de las hijas la mitad ganancial de una casa para después de la muerte del testador con cargo al tercio de libre disposición y al de mejora, nombró herederos a sus cinco hijos; y también el mismo día había otorgado la esposa testamento con el mismo contenido; fallecido el padre sin otorgar nuevo testamento, sin embargo la madre fallece en 1996

²⁷⁸ Traducción de José Luis de los Mozos y de los Mozos y Agustín Luna Serrano, publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia núm. 4 (octubre-diciembre 2001, pp. 713-804.

habiendo otorgado otro nuevo testamento en 1991 en el que legaba el tercio de libre disposición a uno de los hijos –demandante en el pleito- y en el resto de la herencia nombraba herederos a los cinco hijos por partes iguales.

El demandante –el hijo a quien la madre había legado el tercio de libre disposición- reclama a sus hermanos a la muerte de su madre que se declare la nulidad del documento de 25 de septiembre de 1976 por considerar que la división de la herencia efectuada en este instrumento no era válida al incluir bienes gananciales que no pertenecían por entero a ninguno de los cónyuges que concurrieron a la partición; de manera subsidiaria pedía la revocación del documento; y alternativamente pedía la anulabilidad del documento.

La sentencia del Juzgado desestima la petición principal y estima la subsidiaria de revocación del referido documento de 1976, argumentando que tal documento tiene la naturaleza de contrato sucesorio, perfectamente válido, pero revocable en todo caso, como así entiende que se revocó por la madre al otorgar un testamento posterior que resultaba manifiestamente incompatible con la anterior partición.

La sentencia de la Audiencia –de las Palmas de Gran Canaria, de 21 de julio de 2004- revoca la del Juzgado y pasando a la interpretación del documento en cuestión considera que se trata de “una relación contractual compleja, en la que concurren los requisitos del art. 1261 CC”, que es bilateral, sinalagmática, onerosa, entre vivos y no por causa de muerte, tratándose de un “contrato atípico”, sin que existiera ninguna donación encubierta, sino que “presenta gran afinidad con el denominado por la jurisprudencia <vitalicio>”; y concluye la sentencia afirmando que “tal negocio no se corresponde con una partición de herencia practicada por los testadores y aceptada por los herederos, sino con un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, inter vivos y atípico, el cual presenta gran afinidad con la modalidad contractual de configuración jurisprudencial llamado vitalicio, cuyos efectos y consecuencias permanecen y no resultan revocados por el hecho de que la madre de los litigantes, después de fallecido el padre, haya otorgado nuevo testamento en sustitución del primero.

La sentencia del Tribunal Supremo –FD 2- resume la cuestión en debate, centrándola en la interpretación del contrato celebrado entre los padres y los hijos, relativo a la distribución de los bienes pertenecientes a los primeros y la asunción de determinadas obligaciones de alimentos, cuidados y asistencia por parte de los segundos, contrato que el Juzgado califica de partición, y por eso revocable, y la Audiencia de contrato atípico, semejante al vitalicio, lo que implica su validez.

En su siguiente argumento FD 3- expone la construcción jurisprudencial de este denominado contrato “vitalicio” –aquel en que una de las partes entrega a la otra alimentos o prestaciones de cualquier tipo que convengan, normalmente a cambio de la entrega de bienes, de manera que la causa, como contrapunto de la entrega de unos bienes inmuebles transmitidos en propiedad, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la vida contemplada-

para examinar con estos precedentes si el contrato en cuestión responde a los rasgos generales de esa construcción jurisprudencial del contrato vitalicio. Y en este examen considera que las estipulaciones pactadas pueden identificarse con el contrato vitalicio, ya que hay transmisión de bienes de presente y asunción de obligaciones como consecuencia de dicha transmisión, por lo que también considera que,

“... debe declararse que la calificación del contrato concluido por las partes ahora litigantes debe ser considerada como correcta, como además la entendieron las propias partes contratantes que lo cumplieron a lo largo de más de 20 años, a partir de la firma del citado contrato en 1976 y hasta la muerte de ... (la madre) en 1996. Además, la regla contenida en el art. 1284 CC a favor de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos (repetida en el art. 5:106 de los Principios de Derecho Europeo de contratos [PECL] y del art. II-8:106 del *Draft Common frame of reference* [DCFR], lleva a esta Sala también a declarar correcta la calificación efectuada por la Sala de instancia en la sentencia recurrida.”

La **STS Pleno de 15 de enero de 2013** (ROJ STS 1153/2013), Ponente Francisco Javier Orduña Moreno, no hace referencia expresa al art. 5:106 PECL, pero sí se refiere al mismo cuando en el FD 3, en relación a la problemática de la validez obligacional de la venta de cosa común sin concurso o consentimiento de todos los comuneros, nos expone que este ha sido un problema que ha merecido especial atención por la jurisprudencia, y que, aunque en un criterio inicial abogaba por la nulidad del contrato, con argumento en la carencia de objeto, o por error en el consentimiento, o por la alteración significativa de la cosa común, sin embargo, de manera progresiva ha ido decantándose últimamente por su validez, para lo que hace uso de la figura de la venta de cosa ajena y atempera aquella doctrina general de la nulidad, por vía de excepción, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, según las circunstancias de cada caso y la consiguiente interpretación del contrato.

Esta figura de la venta de cosa ajena se acepta en nuestro Derecho y tiene sus raíces y antecedentes en el Derecho Romano. Su validez radica en la propia naturaleza jurídica de la compraventa, como contrato generador de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio (art. 1445 CC), con las consiguientes posibles frustraciones de esta finalidad traslativa, ya en la entrega ya en la *datio* (transmisión del derecho), y el amplio abanico de posibilidades o recursos que se ofrece por el ordenamiento, cuales son, entre otras, la acción indemnizatoria, la resolutoria, o la de responsabilidad por evicción, todo ello con base en la eficacia del contrato, no en su nulidad, aunque pueda dar lugar a la resolución y privación de la inicial eficacia.

Y es siguiendo por esta línea, esta sentencia nos argumenta que,

“la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o “*favor contractus*”. Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 de junio y 10 de septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

Sin embargo, advierte el Tribunal Supremo que, respecto de este tipo de contratos –compraventa de cosa común sin el concurso y consentimiento de todos sus comuneros-, se ha de precisar que la validez del contrato es conceptual, exclusivamente en el plano de su inmediata eficacia obligacional, pero “no alcanza al ámbito de la posible eficacia jurídico-real que se pueda derivar de la compraventa celebrada. Del mismo modo, tampoco se altera o modifica el marco de los derechos que puedan corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento, que a estos efectos resulta incólume”

En la **STS de 20 de marzo de 2013** (ROJ STS 4755/2013), del mismo Ponente, el Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, se traerá a colación y se transcribirá asimismo estos argumentos anteriores de la STS de 15 de enero de 2013, de la que dice que se ha profundizado en la revitalización del principio “*favor contractus*”, no sólo en su concepción tradicional de canon interpretativo, sino también en su propia configuración como principio general de Derecho.

Es ahora, pues, un principio general del Derecho “de conservación de los actos y negocios jurídicos”, ya sea para los contratos, como para los demás actos con trascendencia jurídica, como en el caso debatido en ese pleito que hacía referencia a los criterios de interpretación de la capacidad del testador (art. 696 CC) para otorgar testamento, para lo que también rige este principio en su vertiente de “*favor testamenti*”.

También se referirá a la STS de 15 de enero de 2013 la **Audiencia Provincial de Valencia (sección 8º) en su Sentencia 219/2013, de 13 de mayo** (JUR 2013, 255396), para confirmar la procedencia de no privar de eficacia al contrato de compraventa de viviendas en construcción por el incumplimiento relativo a la entrega de los inmuebles, que habían sido construidos y solo dos días después del final del plazo señalado para la entrega fue cuando obtuvieron la licencia de primera ocupación, sin que fuera determinante para la resolución del contrato el que los garajes no dispusieran de la correspondiente de licencia de actividad para su uso, por cuanto que tal licencia se hallaba pendiente de un mero trámite administrativo.

Respecto de esta sentencia y su argumento relativo a la interpretación del contrato y de su clausulado mirando por su eficacia, antes que impedírsela, no acertamos a comprender muy bien qué relación tiene con el problema planteado en el pleito, que más bien era relativo a la calificación o valoración de unos hechos (la no entrega por el vendedor a la compradora de los inmuebles el día señalado por no disponer de licencia de primera ocupación, que la obtuvo solo dos días después, y por carecer los garajes de la licencia de actividad, que estaba en trámite y pendiente de cuestiones meramente administrativas), como integrantes, o no, de un incumplimiento de una prestación esencial del contrato para darle el efecto resolutorio.

Con esta salvedad, respecto a la función con que esta regla del art. 5:106 PECL se utiliza por nuestra jurisprudencia (nos referimos a la STS de 25 de mayo de 2009, primera de las invocadas), podemos decir que, en primer lugar se aplica el art. 1284 CC, refiriéndose a la regla de interpretación más favorable a la eficacia de los contratos que en el mismo se contiene, y después, entre paréntesis, hace la referencia a que dicha regla se encuentra repetida en el art. 5:106 PECL, e incluso añade la referencia al más reciente texto académico del Borrador del Marco Común de Referencia –*Draft Common Frame of Reference* (DCFR)-, art. 8:106 de su libro II, texto preparado por el *Study Group on a European Civil Code* y por el *Research Group on EC Private Law –Acquis Group-*, basado en parte en la versión revisada de los PECL, y que ha aparecido publicado en febrero de 2009 en su versión *on line*.

Las otras dos sentencias posteriores del Tribunal Supremo (de 15 de enero y 20 de marzo de 2013), vienen a confirmar que la interpretación útil de los contratos es un principio general del Derecho que procura la conservación de la eficacia de los actos jurídicos, y que se confirma como principio asimismo del Derecho contractual, recogido hoy en los textos de armonización de este ámbito del Derecho en el marco europeo, refiriéndose a los PECL y a la regla de su art. 5:106.

Por tanto, hemos de concluir en que aquí tampoco tiene otra función la invocación de estas reglas de los textos académicos que la de reforzar la línea argumental de

la doctrina jurisprudencial relativa al principio de conservación del contrato que se contiene en el art. 1284 CC, acorde también a los planteamientos de estos principios jurídicos de nuestro entorno que se recogen en estos textos académicos.

Y así es que nuestra doctrina jurisprudencial ya venía aplicando este principio de conservación del contrato con amparo en el texto del art. 1284 CC, como de antiguo podemos ver ya en la STS de 30 de octubre de 1944 (RJ 1944\1180), en que se rechaza la tesis del recurrente que pretendía la ineficacia de la institución del heredero y del testamento mismo, porque esa interpretación en el caso de autos quebrantaba, “el principio de conservación del negocio jurídico –recogido en el art. 1284 CC y aceptado, como muy relevante dentro del derecho de Navarra, por la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1926- que obliga a preferir, en los casos dudosos, aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas.”

La STS de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6528) argumenta respecto a este principio de interpretación, “... que rebasa el ámbito de la teoría contractual para extenderse a la de todo el negocio jurídico²⁷⁹, de tanta importancia en materia de interpretación de las declaraciones de voluntad y del que es un aspecto la regla *<utile per inutile non vitiatur>* si bien resulta aplicable en nuestro ordenamiento como encuadrable en el más amplio de la buena fe objetiva *<favor negotii>* y ha sido aludido por la jurisprudencia –S. de 30 de octubre de 1944 (RJ 1944\1180) y Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1965-, obviamente no impide ni excluye el juego de las pretensiones resolutorias cuando se ha frustrado el fin del contrato y media incumplimiento esencial y culposo imputable a una de las partes...”

Si no se frustra el fin del contrato, como así argumenta la STS de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388) con ocasión de una alegada excepción de contrato no cumplido adecuadamente –*exceptio non rite adimpleti contractus*- por el comitente contra el constructor en reclamación por éste del precio de la obra, las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autorizan el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC, pero se permite la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio.

La STS de 27 de abril de 1989 (RJ 1989\3270) permite la aplicación de este principio cuando los defectos de que adolece el contrato son ajenos al campo de las nulidades; ante unas conductas de las partes no dolosas ni negligentes en relación a un error intermedio entre el error en la cantidad y el de cuenta, argumenta que, estando estos errores excluidos del campo de las nulidades por el

²⁷⁹ Adviértase en este sentido de ser aplicable esta regla en sentido amplio, no sólo a la interpretación de los contratos, sino de todo negocio jurídico, que ya la STS de 30 de octubre de 1944 a que se acaba de hacer referencia no aludía al término de ‘contrato’, sino al de ‘negocio jurídico’, y versaba sobre una institución de heredero un testamento.

art. 1266 CC, que da lugar a una posible corrección, la corrección, y por tanto la validez del contrato, sería, "... conforme al principio de conservación del contrato, a la constante jurisprudencia y a la buena fe, que es criterio básico para el ejercicio de los derechos en general, y a la ejecución y cumplimiento de los contratos, en particular..."

La STS de 15 de abril de 2009 (RJ 2009\1765), con cita de las SSTS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000, 5092), 30 de octubre de 2007 –sic- ((RJ 2008, 2922) y 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 140), razona que, "... la relevancia o esencialidad de la cláusula nula se expande a todo el negocio e impide la aplicación de la regla <utile per inutile non vitiatur>, que podría suponer una nulidad parcial, y no total..."

Según la STS de 13 de abril de 2007 ((RJ 2007\2075), "el art. 1284 CC se inspira en la regla de conservación del contrato (*magis valeat quam pereat*), al disponer que si una cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

En la interpretación de los contratos –y por extensión, de cualquier otro negocio jurídico-, también se ha de añadir que ha visto la doctrina jurisprudencial un orden jerárquico en los elementos de interpretación que se señalan en los arts. 1281 a 1289 CC. Así, la STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002\2315) nos recuerda que, "... el precepto del art. 1284, y el principio de conservación del contrato en el mismo recogido, sólo son aplicables cuando la norma contractual tiene varios sentidos y la intención de las partes no ha podido precisarse mediante los elementos de interpretación de los arts. 1281 y 1282 CC [SS. de 30 octubre 1944 (RJ 1944, 1180), 20 enero 1990 (RJ 1990, 17), 30 mayo 1991 (RJ 1991, 3948), 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 6820), entre otras], pues las restantes reglas interpretativas tienen carácter subsidiario o complementario cuando los términos son claros y absolutos y resulta evidente la voluntad depositada en el contrato (ad <ex> sentencias 3 y 11 julio y 23 octubre 2000)..."

Y en el mismo sentido la STS de 1 de octubre de 2009 (RJ 2009\6825) nos recuerda que "el artículo 1284 CC y el principio de conservación del contrato que en él se recoge solo son aplicables cuando la norma contractual tiene varios sentidos y la intención de las partes no ha podido precisarse mediante los elementos de interpretación de los arts. 1281 y 1282 CC", remitiéndose a la STS de 1 de febrero de 2002 a que antes hemos hecho referencia.

Como conclusión, podemos referir que la interpretación del contrato –y de todo negocio jurídico- trata de averiguar el significado y alcance de las voluntades que lo definen, trata de buscar la común intención de los contratantes subyacente en la prestación del consentimiento que da origen al contrato, y para esta labor suelen los Códigos arbitrar unos criterios de interpretación –inspirados en el Derecho

romano (títulos 16²⁸⁰ y 17²⁸¹ del último libro –L- del Digesto), posteriormente recogidos por DOMAT y ordenados por POTHIER para su inclusión definitiva en el Code civile (arts. 1156 a 1164)-, que en nuestro Código se comprenden en los arts. 1281 a 1289, y que se suelen separar en dos grupos: unos subjetivos y otros objetivos. Los primeros –los criterios subjetivos- tienden a buscar la común voluntad de los contratantes –arts. 1281, 1282 y 1283 CC-, prevaleciendo su intención sobre sus palabras, atendiendo a sus actos, coetáneos y posteriores, y no entendiéndose comprendido en el contrato lo que las partes no se propusieron; y los criterios objetivos tienden a resolver las dudas o esclarecer las cláusulas oscuras que se hubieran puesto de manifiesto después de averiguar la intención de los contratantes (arts. 1284 a 289 CC)²⁸².

El principio de conservación del contrato se encuentra en nuestro ordenamiento en el art. 1284 CC en el que se refiere a que “si alguna cláusula de los contratos” admitiera “diversos sentidos”, debe entenderse “en el más adecuado para que produzca efecto”, pudiendo citarla como referente histórico recogida en el Digesto, en un texto de Ulpiano –libro 74 *ad edictum*- que dice así: “*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitar, in tuto sit* (D. 45.1.80)²⁸³.

Y si nos atenemos a tales antecedentes históricos, así como a la construcción doctrinal que de este principio de la interpretación útil ha venido haciendo nuestra jurisprudencia, podemos concluir en configurarlo según las siguientes características:

(a) el principio se aplica sólo en los casos en que los términos objeto de interpretación sean ambiguos o adolezcan de claridad²⁸⁴;

(b) su aplicación rebasa el ámbito del contrato y se extiende a todo negocio jurídico, aunque en el texto del art. 1284 CC se haga referencia sólo a las “cláusulas” del contrato, y no al contrato en su conjunto; y,

(c) no se aplica en los casos en que no sea obscura la procedencia de la resolución del contrato, o la declaración de su nulidad.

²⁸⁰ Sobre el significado de las palabras (*De verborum significatione*)

²⁸¹ Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (*De diversis regulis iuris antiqui*)

²⁸² Así los separa L. DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* I, 6ª Ed p. 497, al tiempo que también expone la opinión de J. JORDANO BAREA en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, vol. I, pág. 323, para quien sólo contienen normas de interpretación objetiva los arts. 1286 a 1289 CC.

²⁸³ Siempre que en las estipulaciones hay una oración ambigua, lo más conveniente es que se entienda aquello por lo que quede a salvo lo que se quiso hacer.

²⁸⁴ D.32.25.1 (*Paulus* libro 1 *ad Neratium*) “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*” = cuando no hay ninguna ambigüedad en las palabras, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad. Sin embargo, D. 50, 16, 219 (*Papiniano* libro 2 *Responsorum*) “*In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit*” (=Se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras)

E. Del capítulo 6 (contenido y efectos de los contratos)

1. Art. 6:104 (determinación del precio)

Esta regla se encuadra en el capítulo relativo al “contenido y efectos de los contratos”. En todos los ordenamientos se reconoce que el contenido no sólo viene determinado por lo expresamente establecido por las partes, sino también por “...todas las circunstancias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1258 CC); y en parecidos términos el art. 1135 del Code francés. Es decir, que los contratos obligan no solamente a lo expresamente pactado, sino también a otras prestaciones implícitas derivadas de manera consecuente de los pactos expresos.

Para definir estos pactos no expresos, pero implícitos o consecuentes con los expresos, se debe actuar mediante reglas de “integración” del contrato. Y una de estas reglas es la establecida para la “determinación del precio” en el art. 6:104 PECL que se expresa así:

“En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable.”

Y en los comentarios que siguen se explica (A) que el objeto de esta regla y las que le siguen es regular aquellos casos en que, por una parte, no hay duda de que las partes tratan de obligarse por medio de un contrato, pero, por otra, no han determinado de manera suficientemente precisa algún elemento del contrato que permita cumplir la prestación; es decir, se trata de reglas que tienden a preservar o salvar el contrato, y se cita como caso más frecuente el de no haber fijado el precio, que es al que se refiere el art. 6:104 PECL.

Un ejemplo que cita en el comentario siguiente (B) es el de un helicóptero que transportando unos suministros médicos que se necesitan con urgencia, aterriza tras sufrir una avería y el transportista llama para que le envíen un mecánico tan pronto como sea posible, sin convenir nada sobre el precio. El contrato en este caso sería válido y el precio sería el que se entendiera “razonable”.

Otro ejemplo es el habitual encargo de servicios profesionales de abogacía, de arquitectura, de medicina, etc., sin firma previa de hoja de encargo en la que se establezcan todos los elementos del contrato de prestación de servicios.

A los efectos de salvar el contrato (en virtud de la regla del art. 5:106 a que nos hemos referido), se parte siempre de la presunción de que existe el precio, de que

el precio se ha pactado: ya sea de manera expresa, o bien de manera tácita (y en este último caso se habrá de entender que las partes se remiten a un precio normal y razonable). No es aplicable esta regla, y en tal caso no hay contrato, cuando las partes en el contrato tratan de fijar un precio, pero no lo hacen, ni de manera determinada, ni determinable. Entonces no hay contrato.

En las “notas” que también siguen a los comentarios en el texto de esta regla se explica que todos los ordenamientos coinciden en que, para que el contrato exista, se ha de determinar el objeto del contrato, se han de poner de acuerdo las partes “sobre aquello que hayan de cumplir”; en lo que difieren los ordenamientos es en la consideración de si para que exista el contrato debe determinarse el precio, y ello irá en función de si lo consideran el precio como objeto del contrato, o no.

Normalmente las legislaciones nacionales no entienden el precio en el concepto de objeto del contrato, o bien permiten excepciones, y disponen a menudo que cuando las partes no lo hayan acordado se entenderá aplicable el precio habitual en el mercado. Así, por ejemplo, el Código civil austríaco, en el § 1152 sobre los contratos de trabajo; el BGB alemán, en el § 612 sobre relaciones laborales, en el § 632 sobre los contratos de obra y suministro de materiales, en el § 653 sobre las comisiones de los agentes; la legislación neerlandesa dispone para la compraventa que si no se ha determinado el precio se aplicará un precio razonable (las tarifas habituales del vendedor); en el *common law* también se aplica el criterio de un precio razonable para los casos en que no se ha determinado en el contrato.

En nuestro ordenamiento, para el contrato de compraventa dispone el art. 1447 CC que para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada (y si ésta no pudiera o no quisiera señalarlo, quedará la compraventa ineficaz). Para el arrendamiento de cosas, dispone el art. 1543 CC que consiste en que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de la cosa por tiempo determinado y precio cierto, y si hubiere comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltara la prueba del precio convenido, dispone el art. 1547 CC que se habrá de devolver la cosa arrendada y, además, “el precio que se regule” (se da por resuelto el contrato, con la obligación de restitución de la cosa y el precio como fruto)... No obstante, la jurisprudencia está a favor de un criterio flexible que favorezca la eficacia de los actos jurídicos pudiendo incluso fijar el precio los propios tribunales en razón a los precios de mercado, de los usos o de las concretas circunstancias del contrato (SSTS de 31 –por error dice 21- de mayo de 1983 [RJ 1983, 2952], 12 de junio de 1984 [RJ 19184, 3233], 16 de enero de 1985 [RJ 1985,176] –las tres del mismo Magistrado Ponente, Antonio Fernández Rodríguez- y 21 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4956) –del Ponente Mariano Martín-Granizo Fernández.

La aplicación de esta regla del art. 6:104 PECL por los tribunales españoles ha sido, por ahora, de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 3): Sentencia de

19 de julio de 2007 y de 4 de septiembre de 2007, ambas del mismo ponente, el Magistrado Carlos Gómez Martínez.

En la **SAP Baleares (Sección 3ª) de 19 de julio de 2007** (ROJ SAP IB 1325/2007), el asunto sometido a su conocimiento viene integrado por los siguientes hechos declarados probados: se suscribe un contrato privado de transmisión de la totalidad de las acciones integrantes del capital social de una determinada entidad mercantil –Puerto Punta Portals, S.A.–, que era titular de la concesión administrativa de gestión de “Puerto Portals”, en el litoral del municipio de Calvià, por un precio que se decía “único y cerrado” de 110 millones de euros, a pagar al otorgamiento de la escritura pública de compraventa que debía realizarse antes de una determinada fecha; con respecto al precio se convenía expresamente que no sería alterado por ningún concepto, “excepto en el caso de acreditarse una anomalía sustancial no comprobada al día de hoy, entendiéndose por tal únicamente una diferencia, de carácter sustancial, entre los balances de la entidad y la realidad económica de la misma”.

En la demanda relata el actor-comprador que tras la celebración del contrato, una vez que le fue entregada la documentación correspondiente, comprueba importantes divergencias entre los balances y la realidad económica de la sociedad, derivadas fundamentalmente de la circunstancia de que la duración de la concesión de la explotación del puerto no había de perdurar hasta el 2031, como se contemplaba en la concesión otorgada en su día, sino en el 2018, por aplicación de la Ley de Costas, reducción temporal que no había sido reflejada en la contabilidad; tampoco permitía la situación económica de la empresa al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta de las acciones el previo reparto en concepto de dividendos de 3 millones de euros pactado a cuenta de beneficios; y, por todo ello, reclama en la demanda el actor-comprador que se declare la validez y eficacia del contrato pero variando el precio, de 110 millones de euros fijado en el contrato, al de 9.336.672’75 euros que considera que era la situación contable real, sin que hubiera lugar al reparto de los 3 millones de dividendos pactado, sino al importe real de dividendo que resulte de los beneficios de la sociedad después de deducir impuestos, retenciones y reservas según las cuentas anuales.

Los demandados oponen: que no se trataba de un contrato de compraventa, sino mera promesa de compraventa (en que no habría obligación de saneamiento), y que, al no haber entregado el comprador-demandante el precio dentro del plazo estipulado, no podían exigir su cumplimiento; que la parte compradora debía conocer la situación de la duración de la concesión administrativa de la gestión del puerto, por su carácter público y también por su condición de administrador de múltiples compañías, por ostentar el título de capitán de yate, por haber tenido dos amarres y un local en el puerto y por haber disfrutado de 5 embarcaciones de recreo con punto de atraque también en el puerto.

La Juez de primera instancia considera que el contrato había quedado sin eficacia al no haber cumplido el comprador su obligación esencial de abonar el precio pactado.

Apelada la sentencia por el actor-demandante, la Sala de la Audiencia Provincial argumenta que lo relevante para la resolución de la contienda es determinar si el riesgo de acortamiento de la concesión administrativa de la gestión del puerto era conocido o pudo haber sido conocido por el comprador, es decir, si constituye o no un vicio del consentimiento, o una anomalía sustancial que permita una reducción del precio, en aplicación de la cláusula incluida en el acuerdo del contrato, o, finalmente, un incumplimiento que permita el ejercicio de una acción edilicia. Y tras considerar que ese acortamiento de la concesión fue establecido por ley anterior al contrato y, por tanto, conocida ya por ambas partes contratantes, rechaza que se haya producido por ello una anomalía sustancial que haga entrar en juego la cláusula contractual habilitante de la fijación de un nuevo precio; pero abundando en este argumento, aunque se tratara de tal anomalía sustancial considera la Sala que tampoco necesariamente se daría la posibilidad de fijación del precio por los tribunales, porque lo que se pacta en el contrato no es atribuir esta posibilidad a los tribunales, sino quedar desvinculadas del precio establecido y volver a renegociarlo, porque –y así lo argumenta la sentencia– “una rebaja en el precio podía hacer variar la decisión de los vendedores de transmitir la sociedad, y ese derecho debe ser preservado, lo que no ocurriría si, como fruto del presente proceso, se les impusiese la venta por un precio inferior al pactado”.

El art. 6:104 PECL se trae a colación por la sentencia para argumentar que, aunque esta regla disponga que “en los casos en que el contrato no fije precio o el método para determinarlo se entiende que las partes han pactado un precio razonable”, y aunque el Tribunal Supremo haya admitido a estos Principios – PECL- una función de interpretación y suplementación del derecho nacional (que residencia en las SSTS de 22 de diciembre de 2006 y de 5 de enero de 2007)), sin embargo, en el caso de autos en el que los contratantes dejaron clara su voluntad de obligarse por un precio “único y cerrado”, cuando por las circunstancias que fuera deja el precio de existir, “desaparece igualmente la voluntad de contratar” y, por tanto, no sería aplicable el art. 6:104 PECL. Es decir, y así lo aclara la propia sentencia, que al haberse establecido un precio “único y cerrado”, aunque después se dieran unas circunstancias anómalas sustanciales relativas a la determinación del precio –que no era tampoco el caso examinado por la sentencia-, las partes quedarían desvinculadas del contrato.

“FD 9 (...)

“El artículo 6:104 de los Principios del Derecho Contractual Europeo, cuya función de interpretar o suplementar el derecho nacional ha sido admitida por el Tribunal Supremo (sentencias de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 307] y 5 de enero de 2007 [RJ 2007, 321]) establece

que "en los casos en que el contrato no fije precio o el método para determinarlo se entiende que las partes han pactado un precio razonable". Pero estas previsiones carecen de aplicación al caso de autos en el que los contratantes dejaron clara su voluntad de obligarse solo por un precio "único y cerrado", de forma que cuando éste deja de existir, desaparece igualmente la voluntad de contratar.

En los comentarios que siguen al texto del art. 6:104 PECL está precisamente previsto el caso de que esta regla no se puede utilizar –comentario C- para autorizar a los tribunales a que intervengan cuando las partes no han alcanzado un acuerdo, como por ejemplo cuando “las partes hubieran dejado el asunto abierto para una futura negociación...”, que es lo que se entiende por esta sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares.

A la **SAP Baleares (Sección 3ª) de 4 de septiembre de 2007** (JUR 2008\42821). Ponente: Carlos Gómez Martínez, ya nos hemos referido con ocasión de tratar la regla del art. 1:302 PECL (definición de lo razonable), a cuyo comentario nos remitimos.

El demandante –abogado- reclama en concepto de honorarios por sus servicios un porcentaje -4%- del precio de la venta de unos terrenos, como precio del contrato de prestación de servicios en que había intervenido, y que considera “razonable”; sin embargo, la sentencia de primera instancia no le concede este importe, sino la suma en la que el dictamen del Colegio de Abogados de Baleares había valorado su actuación profesional, ya que, aun admitiendo este dictamen que el porcentaje del 4% de la venta podía habersele admitido, para esto se habría de haber acordado así “por escrito” entre abogado y cliente (y este no había sido el caso).

La Sala de la Audiencia invoca en primer lugar el art. 6:104 PECL, en que se establece que “en los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio *razonable*”, y a continuación acude al art. 1:302 PECL, en el que se establece cómo juzgar lo que para los PECL debe entenderse por el término “*razonable*”, que es “lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal”, y señala también que para determinar aquello que sea razonable “habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad al que el mismo se refiera”. Y estos “usos y prácticas” del ramo al que la actividad se refiere –honorarios de un abogado- considera la Sala que no pueden ser otros que las normas colegiales.

En los comentarios que siguen a este precepto en el texto de los PECL se contempla el ejemplo de la costumbre para la determinación del precio razonable en un contrato convenido para la prestación de servicios de un arquitecto, que es basarse en las tarifas establecidas por el Colegio de arquitectos.

En iguales términos a los que se refiere esta regla del art. 6:104 PECL ya se venía pronunciando de antiguo nuestra doctrina jurisprudencial.

La STS de 31 de mayo de 1983 (RJ2952), en relación al contrato de arrendamiento de obras –art. 1544 CC- entiende que son elementos reales, de una parte, la obtención de un resultado (“*opus consumatum et perfectum*”), al que se encamina la actividad creadora del empresario, y de otra, la fijación de un precio cierto, que el comitente debe satisfacer; y con respecto a éste, al precio, recuerda que constituye “un factor esencial en la *locatio operis* ya desde la legislación justiniana, en que se reconoció su existencia únicamente si <*merces constituta sic*> (prefacio 2º, del Título XXIV, Libro III, de la Instituta), o si el <*pretio convenerit*> (Párrafo 2º, del Título II, del Libro XIX del Digesto), y sin que sea indispensable que ese precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, al ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto con posterioridad, bien por los propios interesados o por un tercero, o a medio de tasación pericial emitida en atención a los materiales invertidos y mano de obra utilizada, según tiene proclamado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 25 de enero de 1909, 20 de marzo de 1947 (RJ 355), 22 de diciembre de 1954 (RJ 3014), 4 de julio de 1961 (RJ 2880) y 7 de octubre de 1964 (RJ 4326).”

La STS de 12 de junio de 1984 (RJ 3233) reitera estos mismos argumentos en la determinación del precio a pagar en las obras en cuestión, una vez acreditadas éstas, sobre las que no se planteó debate jurídico: “... como tiene reiteradamente declarado esta Sala, el precio existe no sólo cuando se acredita su fijación previa, sino también cuando encargada una obra, sin adecuada justificación de las bases para determinar su coste, lo aprecia el juzgador fijándolo en una determinada cantidad deducida del resultado de los medios de prueba practicados –SS de aplicación analógica, de 5 de octubre de 1905, 25 de enero de 1909, 20 de marzo de 1947 (RJ 355), 22 de diciembre de 1954 (RJ 3014) y 4 de julio de 1961 (RJ 2880), entre otras-.”

La STS de 16 de enero de 1985 (RJ 176) también reitera los mismos argumentos en relación al precio en los contratos de arrendamiento de obras, señalando como reiterada la misma doctrina –citando asimismo las mismas Sentencias que la anterior, aquélla también incluida-, según la que, “... el precio existe cuando no acreditado que se fijara con anterioridad al comienzo de ejecución de la obra, el mismo se determine por el Juzgador en la instancia, bien atendiendo a la valoración pericial practicada, o bien por el que resulte de la apreciación de otros elementos probatorios”.

La STS de 21 de octubre de 1985 (RJ 4956), también en relación con los contratos de arrendamientos de obras, argumenta como doctrina reiterada que, “la determinación del precio en este tipo de contratos de arrendamientos de obras, no es preciso que se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, siendo suficiente con que dicha determinación pueda realizarse después, tanto por los

propios interesados o por un tercero, como por el propio Juzgador, en la instancia, atendida la tasación pericial practicada en el curso de la misma o, incluso, a través de la apreciación de otros elementos probatorios”.

Una de las condiciones para la aplicación de esta regla del art. 6:104 PECL que se exponen en sus comentarios –C- es que no se puede autorizar a los tribunales a que intervengan cuando las partes no hayan alcanzado un acuerdo en la fijación del precio, por ejemplo –dicen expresamente- si durante las negociaciones las partes no han conseguido alcanzar un acuerdo sobre el precio; y de forma similar, si las partes lo hubieran dejado abierto a una posterior negociación y, llegado el momento, no consiguen llegar a un acuerdo.

Es decir, y como ya antes se ha anotado, para la aplicación de esta regla debe haberse pactado un precio (de manera expresa, o de manera tácita), debe existir un precio, que es lo que el Código civil español señala con el término de “precio cierto” (art. 1432 para el contrato de arrendamiento de cosas, el art. 1544 para el contrato de arrendamiento de obras o servicios, el art. 1445 para el de compraventa...) para la existencia del contrato; de lo contrario, no hay tal contrato, como razona la STS de 26 de octubre de 1984 (RJ 1984\5074), en un caso en que se discutía si se trataba de un contrato preliminar de compraventa o un negocio definitivo, argumentando que, para que se tenga por negocio definitivo “siempre será indispensable una completa y total determinación de los elementos y circunstancias del negocio, pues en otro caso la negativa de uno de los contratantes a la posterior declaración de voluntad impide el paso al contrato definitivo, aunque quepa instar la indemnización de daños y perjuicios...”; y en el documento en cuestión los intervinientes habían expresado la promesa de un futuro contrato de compraventa, “pero sin darle la significación de un negocio definitivo, para la conclusión del cual falta un elemento de tanto relieve cual es la determinación de precio cierto”.

Ahora bien, como también señala la STS de 19 de junio de 1995 (RJ 1995\5322), “no puede confundirse la falta absoluta de fijación de precio cierto y su determinación por la libre decisión de una de las partes contratantes, que no autoriza el art. 1449 CC, con la posibilidad de que el mismo pueda determinarse con posterioridad, pues el concepto de precio cierto no exige que se fije cuantitativamente en el momento de la celebración del negocio, sino que puede tener lugar durante el desarrollo de la relación contractual y también de modo referencial que prevé el art. 1447 CC, en relación al 1273 y sin necesidad de un nuevo convenio entre los interesados (SS. 22 de febrero de 1968 –RJ 1192-, 10 de febrero de 1992 –RJ 1200- y 15 de noviembre de 1993 –RJ 9897-).” Así también lo confirma la STS de 2 de noviembre de 1995 .RJ 8073- al tener por cierto el precio y argumentar que no es preciso que se fije en el momento del contrato, y posibilitar que “cabe negociar con precios indicativos, pero siempre ha de poder concretarse conforme a las estipulaciones que convengan los interesados”.

Lo que no cabe, según nuestro ordenamiento –art. 1449 CC- es dejar el señalamiento del precio en el contrato de compraventa al arbitrio de uno de los contratantes; sin embargo, el art. 6:105 PECL sí que permite la determinación de forma unilateral por uno de los contratantes, impidiendo incluso su exclusión por pacto en contrario, siempre que lo determinado resulte razonable, pudiendo en caso contrario ser sustituido por los tribunales. ¿Qué es lo que dirán los tribunales españoles en estos casos ahora, con los PECL? ¿Los aplicarán para flexibilizar este requisito de determinación del precio?

2. Art. 6:106 – Determinación por un tercero

- (1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.
- (2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable.

En la **STS 635/2012, de 2 de noviembre** (ROJ STS 7812/2012) –Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos, y en lo que aquí interesa, el pleito versa sobre lo establecido por los estatutos (art. 17) de la entidad El Corte Inglés, S.A., sobre la transmisibilidad de las acciones intervivos, que tras exponer el procedimiento al que ha de sujetarse, establece también que “el precio de la adquisición, a falta de acuerdo, será el que corresponda al valor real de la acción, entendiéndose como tal, el que determine el Auditor de la Sociedad o en su defecto, se estará a lo que establece la ley”, modificado posteriormente por el que establece que “el precio de adquisición de acciones será, salvo acuerdo de las partes en otro sentido, el que corresponda al valor razonable de las acciones, entendiéndose como tal el que determine el Auditor de Cuentas, distinto al de la Sociedad, designado por el Consejo de Administración.”

Para el caso de autos, en que se comunicaron una serie de propósitos de transmisión de acciones a los efectos del ejercicio de adquisición preferente de las mismas por la propia mercantil, el Consejo de Administración designó a un auditor, quien determinó el precio, y, ejercitando el derecho de adquisición preferente, se requirió a los demandantes para la formalización de las compraventas, lo que éstos rechazaron por entender que la determinación del precio debía hacerse conforme al art. 17 de los estatutos antes de su modificación, porque antes fue cuando comunicaron su pretensión de transmisión de las mismas.

El Corte Inglés, amparándose en el art. 1447 CC (que establece que para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, y si ésta no pudiera o no quisiera señalarlo, quedará ineficaz el contrato), interpreta que, en caso de desacuerdo con el valor razonable fijado por el auditor, la parte disconforme alternativamente sólo puede impugnar la validez del contrato en su conjunto, o no, lo que quiere decir que los tribunales solamente pueden confirmar la corrección de la fijación del valor o anular el contrato, pero no sustituir el valor fijado por otro, máxime cuando la norma determina que se fije por “un auditor”.

El Tribunal Supremo rechaza esta interpretación y argumenta que el art. 1447 CC declara la ineficacia del contrato en los supuestos en los que la fijación del precio se atribuye a “persona determinada”, no en aquellos en los que las partes no han determinado “*intuitu personae*” la concreta persona que debe fijarlo y en modo alguno excluye la determinación por los tribunales. Y añade que,

“[E]l vacío estatutario no impide que sean los tribunales quienes fijen el valor de las acciones si los términos del contrato o de los estatutos no lo impiden. En este sentido apuntan los principios de Derecho europeo de los contratos y la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión de Codificación..., que, si bien no constituyen Derecho positivo, gozan de alta autoridad doctrinal y que disponen –el art. 6:106 de los principios de derecho europeo de los contratos-: (1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello; (2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable”; y –el 1277 del anteproyecto de modernización- que “cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiera o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones”.

Y concluye que, por tanto, el valor fijado por el auditor designado al efecto puede ser sustituido por el determinado por el tribunal, incluso con base en informes de expertos que sin ostentar la condición de auditor permitan su concreción, dentro de los límites, claro está, que impone la congruencia, que permite señalar uno inferior incluso en el caso de que no medie solicitud expresa de la parte.

3. Art. 6:109 (contrato de duración indefinida)

“Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso de duración razonable”

La **SAP Pontevedra (sección 6) 114/2013, de 18 de febrero**, trata de un contrato de mantenimiento de un ascensor en una comunidad de propietarios en el que se establecía una duración mínima de 10 años, prorrogable después automáticamente de forma tácita mientras ninguna de las partes lo denunciara a la otra mediante carta certificada con 90 días de antelación al vencimiento de la prórroga. Se vino prorrogando tácitamente hasta que la comunidad de propietarios comunicó a la empresa de mantenimiento el 17 de julio su voluntad de resolver el contrato a partir de 1 de agosto. La empresa de mantenimiento formula demanda porque la resolución unilateral no ha respetado el plazo de duración del contrato y ello le ha producido perjuicios, que reclama. La comunidad de propietarios se opone alegando incumplimiento contractual, nulidad y carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato.

El Juzgado estima parcialmente la demanda y condena a la comunidad de propietarios al pago de menos cantidad de la reclamada por la actora.

Ante la apelación de la comunidad de propietarios, la Sala de la Audiencia argumenta que se trata de un contrato de adhesión celebrado en 1989 y regido por el derecho de protección de los consumidores, durante cuya vigencia se promulga la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, y, en concreto daba nueva redacción a su art. 12.3, que en relación con la contratación con consumidores pasaba a decir que “... en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato...”, quien podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin sanción ni cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente...; y establece también la norma que estos contratos deben contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato, y acomodarse o adaptarse a estas modificaciones legislativas en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la norma, deviniendo nulas en caso contrario.

La Sala trae a sus argumentos los de otras Audiencias que consideran excesivo el plazo mínimo de 10 años de vinculación en los servicios de mantenimiento del ascensor, amén de que también la cláusula en cuestión ha de considerarse que

devino nula al no acomodarse a la norma legal citada en el plazo señalado de los dos meses siguientes a su entrada en vigor, por lo que no era ya vinculante para la comunidad de propietarios.

Sin embargo, también considera la Sala que aunque no fuera dicha cláusula vinculante para la comunidad de propietarios y podía poner fin al contrato, también era lo cierto que,

“[e]sta facultad había de ser ejercitada no de cualquier modo y sin sujeción alguna. Estamos ante un contrato de larga duración y de prórrogas sucesivas que viene a hacer de él una figura similar a la del contrato de duración indefinida. Y en estos contratos que generan esa expectativa que se proyecta de forma prolongada en el tiempo, requiere un plazo de preaviso razonable. De hecho, el art. 6:109 de los denominados Principios del Derecho Europeo de Contratos, dice que un contrato de duración indeterminada puede finalizar mediante notificación realizada por cualquiera de las partes con preaviso razonable. Como decimos, no estamos ante un contrato de esa índole, pero dada su inicial concepción, es de todo punto razonable entender aquí de aplicación la necesidad de preaviso.”

Y aunque no era ya vinculante el contrato, sin embargo considera la Sala razonable que debía haberse preavisado con esa antelación de los 90 días a que el contrato se refería, por lo que rechaza el sistema de cálculo indemnizatorio del Juzgado (que lo calcula sobre la base del 15% y en función del período contractual que restaba por cumplir –de 106 meses-, ya que opera sobre una cláusula nula) y lo determina en los dos meses sustraídos al plazo de preaviso que de haberse observado la actora podía haber cobrado (149'93 x 2).

G. Del capítulo 7 (pago o cumplimiento). Art. 7:103 (cumplimiento anticipado): STS 27 septiembre 2006 – Ponente: Encarnación Roca Trías

La regla del art. 7:103 (cumplimiento anticipado) establece que:

- (1) Las partes pueden negarse a aceptar una oferta de cumplimiento anterior al vencimiento de la obligación, excepto en los casos en que aceptar dicha oferta no perjudique sus intereses de manera significativa (o razonable).
- (2) El hecho de que una parte acepte un cumplimiento anticipado no afecta para nada a la fecha del cumplimiento de sus propias obligaciones.

La regla tiene su justificación –según los comentarios de sus redactores- porque el plazo para el cumplimiento de las prestaciones se fija de acuerdo con las actividades y la disponibilidad del acreedor, por lo que una prestación anticipada puede en ocasiones provocarle inconvenientes o cargas que razonablemente no deba soportar, pudiendo en tal caso rehusar ese cumplimiento anticipado de la prestación, pero sólo si esos inconvenientes o cargas que le produce su aceptación la hacen razonablemente rechazable, porque, de lo contrario, estaría obligado a aceptar. Y también es razonable que si a una de las partes le interesa adelantar su cumplimiento, no deba este hecho significar que también deba modificarse el plazo de cumplimiento para la otra parte.

También se comenta por sus redactores –comentario C- que esta regla no tiene justificación en el caso de obligaciones pecuniarias, porque el cobro anticipado no le supone al acreedor perjuicio alguno, pero –se añade en coherencia con la excepción del inciso final de esta regla (1)- siempre que el pago anticipado no afecte a la cuota de los intereses debidos, por lo que si la deuda obedece a un préstamo con interés, puede al acreedor interesarle esperar al vencimiento del plazo y cobrar los intereses, pudiendo en tal caso rehusar el cumplimiento anticipado de la devolución del préstamo, salvo que se le devuelva con los intereses pactados hasta el vencimiento del préstamo (y así es en el Derecho finlandés).

En la **STS 27 de septiembre de 2006** (RJ 2006\8631) – Ponente: Encarnación Roca Trías, el litigio que se resuelve trata de lo siguiente: la demandante –“Era...- fabricaba plásticos para asientos de coche y había concertado con la demandada – Majosa-, fabricante de los asientos completos para la marca Ford, la provisión de material –vinilo- por medio de un contrato de 6 de abril de 1992 en el que se acordaba el suministro continuado de plástico para dichos asientos de acuerdo con unas determinadas especificaciones; el período de vigencia del contrato era de un año; no se había detallado cantidad exacta para el suministro, estableciéndose una cantidad aproximada de 500.000 m²/año.

La demandada había verificado diversos pedidos a la actora y en mayo de 1992 le comunica que estaban cubiertas sus necesidades para los meses de junio y julio, de uno de los colores suministrados; la siguiente entrega debía efectuarse a finales de agosto o principios de septiembre de 1992... El siguiente pedido fue realizado por la demandada el 13 de julio de 1992 y el 15 de septiembre comunicó a la actora que uno de los colores que suministraba iba a ser sustituido por otro, de acuerdo con las exigencias de Ford y que dejaran de fabricar otro de los colores que figuraban en el contrato, que ya habían sido fabricados por la actora, que tenía fabricados y almacenados 83.707’51 m² de vinilo gris y 13.873’10 m² de vinilo azul, cuyo pago reclamó a la demandada (menos los metros cuadrados que vendió a terceros a precio de saldo con posterioridad, al no interesar a la demanda la mercancía ya fabricada).

La sentencia del Juzgado entiende probada la relación comercial y estima íntegramente la demanda; la Audiencia revoca parcialmente la condena y cifra la cantidad a pagar en el importe de la mercancía que “podría ser razonablemente exigible por Majosa”, más los intereses correspondientes... y también el coste de destrucción de la mercancía no aceptada...; y la cantidad que podía ser razonablemente exigible por Majosa la determina la Audiencia en la media aritmética.

Ambas partes recurren en casación. La demandante denuncia, entre otras infracciones, la de los arts. 1258 CC y 57 Ccom, porque –dice- de acuerdo con el criterio de la buena fe, podía producir todo el material previendo futuros pedidos de la demandada, y no sólo la media aritmética a cuyo pago ha condenado la sentencia recurrida.

Y la Sala del Tribunal Supremo desestima el motivo de impugnación según el siguiente argumento (FD 3):

“Ciertamente el criterio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el art. 1258 CC, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico [sentencia de 24 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8280)]. Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aún no se han realizado; en este sentido las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7:103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos”.

Es interesante resaltar –como después comentaré- que en este argumento el Tribunal se remite a unas “reglas generales” –debiera entenderse que de nuestro ordenamiento jurídico-, que permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución anticipada de una prestación, pero no las precisa cuáles sean estas reglas generales, ni las incardina en ningún precepto determinado de nuestro ordenamiento, como, sin embargo, sí que hace –y de manea bien ilustrada- la STS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982\333) que después comentaremos y que para interpretar el art. 1127 CC se remonta al sistema contrario, del *favor debitoris* (que efectivamente supone que en las obligaciones a término el plazo se considera siempre un beneficio para el deudor), para explicar que, si bien este sistema –del *favor debitoris*- lo toman del Derecho romano clásico²⁸⁵ los Códigos francés –art. 1186- e italiano –art. 1184-, en cambio no lo sigue nuestro Código, que en el art. 1127 establece la presunción, *iuris tantum*, de que el término designado en las

²⁸⁵ D.45.1.41 (Ulp. 20 Sab.)

obligaciones se establece en beneficio de ambos, de acreedor y deudor, apartándose también del Proyecto de 1851 (art. 1047).

Como ya habíamos adelantado, el Tribunal argumenta que el criterio de la buena fe –del art. 1258 CC- que invoca el recurrente, “no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aún no se han realizado...”; y esta negación la residencia en unas “reglas generales” que entiendo que no señala que se deriven de norma concreta alguna de nuestro ordenamiento positivo –que la hay-, pero también parece que expresa y directamente las está residenciando en el propio art. 7:103 (1) PECL, porque recordemos que textualmente dice que “en este sentido las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del art. 7:103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos...”

Por tanto, hemos de preguntarnos si cuando se ampara en esas “reglas generales” las está dando por sobrentendidas en nuestro ordenamiento, o bien parece que, aquí, sí que esta regla se introduce por el Tribunal como integradora de su argumento de forma autónoma y derivada de la regla del art. 7:103 (1) PECL, sin refuerzo alguno de otro argumento residenciado en normas concretas de nuestro ordenamiento positivo, cuando podía haberlo hecho, pues existen, ya que es un tema este que cuenta con antecedentes jurisprudenciales en nuestro sistema, como es el caso enjuiciado y notablemente resuelto por la STS de 29 de enero de 1982 – RJ 1982\333.

En aquella ocasión –que resuelve la STS de 29-1-1982-, el recurrente denuncia interpretación errónea del art. 1127 CC, que decía producida “al declarar la Sala sentenciadora que el plazo no está establecido en beneficio de los compradores”, y considerar el recurrente que las circunstancias del caso demostraban que sí, que el plazo debía considerarse a favor de los compradores, porque el vendedor ya se había desprendido de las letras de cambio aceptadas para el pago de una suma de dinero correspondiente a parte del precio de la compraventa de la parcela y que fueron descontadas por determinada entidad financiera, por lo que consideraba –el recurrente- que “ninguna utilidad podría reportar al acreedor su negativa a recibir el pago anticipado de la parte de precio aplazada.

El Tribunal considera el argumento del recurrente “... improsperable, por las siguientes razones: 1ª) Si bien en la concepción clásica el plazo era estimado como beneficio del deudor, según puede leerse en un texto del Digesto (libro 45, título 1, ley 41, párr. 1º: *diei adiectionem pro reo esse, non pro [estipulare]-sic*²⁸⁶) que parece informar nuestro derecho histórico (<otro si decimos, que si el

²⁸⁶ “... *pro stipulatore*”, debe querer decir.: D.45.1.41 Texto de Ulpiano, libro 50 *ad Sabinum*. (...) “1.- *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus*

deudor quisiese pagar el debdo al que lo deviesse recibir é el otro non gelo quisiesse tomar, deve facer afrenta ante omes buenos en logar é en tiempo guisado, mostrando los maravedis de como quiere hacer la paga>: Partida quinta, título 14, ley 8ª), criterio también seguido por el art. 1047 del Proyecto de 1851 y por los ordenamientos positivos más modernos (entre otros, art. 1184 del CC italiano y § 271, apartado 2 del Código alemán), a cuyo tenor el tiempo opera como limitación a la facultad de exigir por parte del acreedor pero no constriñe a la del deudor para liberarse, no puede desconocerse que el Código civil patrio adopta distinta solución, pues la norma mencionada presume que el término responde a beneficio o interés común de los contratantes y por lo tanto si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo que concierne al acreedor, tampoco autoriza al deudor para acudir a la liberación anticipada; y si bien esa regla general puede entenderse modificada atendiendo a la naturaleza del negocio y a las circunstancias concurrentes, claro está que enjuicio sobre el particular es cometido del Tribunal de instancia...”

Teniéndola en el horizonte esta sentencia de 29 de enero de 1982, y citándola expresamente, insiste la STS de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004\821) recordándonos –en su FD 2- que el plazo para el cumplimiento de las obligaciones se residenciaba en beneficio del deudor en la concepción clásica, pero el Código civil adopta distinta solución, al presumir que, “el término responde a beneficio o interés común de los contratantes y por lo tanto, en principio, si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo que concierne al acreedor, tampoco autoriza al deudor a la liberación anticipada...”

Por tanto, se trata de una regla general en las obligaciones establecidas a término o plazo, que se dice este establecido en beneficio de ambas partes, salvo prueba en contrario, prueba que puede surgir de la propia interpretación de las obligaciones convenidas o de otras circunstancias, como así lo refería la Sentencia de 29-1-1982, que esta regla general <... puede entenderse modificada atendiendo a la naturaleza del negocio y las circunstancias concurrentes...>

La reseñada sentencia de 29 de enero de 1982 afirma que, al establecer el art. 1127 CC esta regla de presunción de establecimiento del plazo en beneficio de ambas partes, no seguía nuestro Código vigente al Proyecto de 1851, que en su art. 1047 disponía el plazo en beneficio del deudor; y así es que en aquel precepto se decía que “siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto también en favor del acreedor”.

adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia deleatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore” (Es decir, cuando no se fija un término en la obligación, la cantidad se debe desde el primer momento; a no ser que el lugar señalado para el pago implique un cierto espacio de tiempo para llegar a él. El término fijado hace que la cantidad no se deba desde el primer momento, de lo que se deduce que la fijación del plazo es a favor del deudor y no del estipulante)

Sin embargo, esta diferencia, a nuestro entender, es sólo aparente: notamos que en la regla vigente se está refiriendo a “las obligaciones”, y el proyecto de 1851 se refería a “los contratos”, y si en los contratos, por ejemplo de compraventa, situamos a una parte –A-, deudora de –B-, que sería acreedora, la deudora sería la que compra y debe pagar el precio, siendo en su beneficio que si se establece un plazo o término para recibir la cosa y pagar el precio, no podría el acreedor exigirlo anticipadamente.

Es por eso que García Goyena²⁸⁷ en sus comentarios y concordancias²⁸⁸ al respecto pone el ejemplo que ponía J. A. Rogrón²⁸⁹ –y que pensaba tomado de Pothier- de que quien compra una manada de reses para venderlas en la feria de Pascuas, y que se han de entregar la víspera de la feria, el que las compra no puede ser compelido a recibirlas antes de la víspera, porque el comprador señaló ese día para no tener que mantenerlas hasta el día de la feria. Ahora bien, si en lugar de considerar a una de las partes del “contrato” –como deudor-, consideramos una de las “obligaciones” de ese contrato –porque a las obligaciones es a lo que se refiere el art. 1127 CC-, debemos entender que, en el ejemplo anterior, una prestación sería el pago del precio (en que el comprador es el deudor) y otra prestación es la entrega de la cosa (en que el vendedor es el deudor), y en esta prestación de entrega de la manada de reses el deudor, el obligado a la entrega, es el vendedor, que si en su favor se consideraba por el Proyecto de 1851 que se establecía el plazo, debería entenderse que podía compeler al acreedor de la entrega a recibirlas...; pero no es así en el ejemplo, que es el acreedor a recibir la mercancía quien puede rehusar recibirla –como acreedor de esa prestación- antes del vencimiento del plazo. Por lo tanto, refiriéndose el art. 1127 CC a las “obligaciones” y el art. 1047 del Proyecto de 1851 a los “contratos”, y con base en los ejemplos de sus comentarios por GARCÍA GOYENA, el beneficio del plazo debería entenderse en ambos casos a favor de ambas partes de la relación obligacional.

El redactado del art. 7:103 PECL evita esta confusión al referirse a que cualquiera de ambas partes –y entiendo que en la relación obligacional cada una de las partes es al mismo tiempo deudora-acreedora, deudora de una prestación y acreedora de una contraprestación- puede negarse a aceptar la oferta de cumplimiento anticipado de la prestación, excepto en los casos en que no le perjudica de manera significativa o razonable.

²⁸⁷ FLORENCIO GARCIA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo III, Madrid 1852.

²⁸⁸ Concordando el art. 1047 del Proyecto de 1851 con los arts. 1187 Francés, 1140 Napolitano, 2048 de la Luisiana, 883 de Vaud, 1278 Sardo, 1306 Holandés. El 757 Prusiano, sección 1, título 21, niega absolutamente este derecho al deudor.

²⁸⁹ *Les codes francais expliqués par leurs moties, par des exemples, et par la jurisprudente*. Edit. Henri Plon. 1863.

Si utilizamos el ejemplo que nos recordaba García Goyena y aplicamos los distintos preceptos que venimos comentando, obtenemos:

El ejemplo: He comprado una manada de reses para venderlas en la feria de Pascuas, y que me han de entregar la víspera de la feria, porque he fijado esa fecha para no tener que mantenerlas hasta el día de la feria...

Si aplicamos el art. 1047 Proyecto de 1851 –“[S]iempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto también en favor del acreedor...”-, como comprador en el contrato de compraventa soy deudor del precio y acreedor de la contraprestación de la entrega de la manada de reses, por tanto, si puedo oponerme a recibirla antes del plazo... ¿es porque soy deudor del precio, o más bien porque de las circunstancias del caso resulta puesta en favor mío, ahora como acreedor de la contraprestación de entrega?

Si aplicamos el art. 1047 CC –“[S]iempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro”-, la entrega sería una prestación de la que es deudor el vendedor y acreedor el comprador, ¿puede el vendedor compelerme a que reciba la manada antes del día señalado...? La respuesta parece evidente, porque de las circunstancias del caso resulta acreditado puesto el plazo en favor mío, ya que, si no es por eso, y es por mi situación en la relación obligatoria, en la misma soy acreedor de la entrega, no deudor...

Y si aplicamos el art. 7:103 (1) PECL – “[U]na parte puede rehusar o negarse a aceptar una prestación –de la que sería acreedor, y por tanto a primera vista parecería que la regla opta por favorecer al acreedor- antes de su vencimiento, excepto en los casos en que no le perjudique a sus intereses de manera razonable”-, llegamos a la misma solución; y sus redactores ponen un ejemplo -1- parecido y en los mismos términos que el que refiere García Goyena –compro mercancías percederas que me deben entregar en una determinada fecha, y si el barco en el que se transportan llega a destino antes de lo esperado, si me piden que acepte la entrega anticipada de las mercancías, puedo rehusarlo-; y es la misma solución con independencia de que sea el acreedor de la obligación, de la prestación –de entrega de la mercancía-, como al mismo tiempo el deudor de la contraprestación, del pago del precio en el contrato.

Es habitual poner en relación este precepto del art. 1127 CC con el art. 1841 CC, en el que se establece que si la deuda era a plazo y el fiador la paga antes de su vencimiento, no puede exigir el reembolso del deudor hasta que el plazo venza, y a cuyo resultado se llegaría también por aplicación del primero de los preceptos citados.

Un ejemplo concreto lo encontramos en el caso resuelto por la SAP Girona (sección 2) de 27 de junio de 2007 (AC 2007\1580), que partía del siguiente supuesto: el BBVA da un préstamo dinerario a Claudia y a su hija, y como fiadores solidarios intervienen JM y MC, constituyendo además hipoteca en garantía sobre bienes de MC. Ante el impago de diversas cuotas de amortización por las prestamistas –Claudia y su hija- el banco inicia procedimiento de ejecución contra los fiadores solidarios, que pagan lo que hasta ese momento reclama el banco como vencido, y a su vencimiento también pagan dos cuotas más, y finalmente acaban por amortizar anticipadamente el préstamo, y reclamar el reembolso a la prestataria de todo lo abonado a resultas del préstamo.

La Audiencia argumenta que cuando los fiadores hacen frente a la reclamación del banco, pagan lo que hasta ese momento se adeudaba y considera rehabilitado en ese momento con ese pago el derecho de las prestatarias a devolver en plazos mensuales la cantidad prestada restante, por lo que sólo pueden reclamar el reembolso de lo pagado y debido hasta ese momento de su reclamación, manteniéndose el derecho de las prestamistas a devolver en plazos la cantidad que resta. Y lo argumenta, primero, haciendo uso del art. 1841 CC, que los fiadores han cancelado totalmente el préstamo, sin que en ese momento existiese ninguna reclamación por impago, ni resolución anticipada del contrato de préstamo por la entidad financiera prestamista –ya que considera rehabilitado el préstamo-, por lo que conforme al art. 1841 CC, “si la deuda era a plazo y el fiador la ha pagado antes de su vencimiento, no puede exigir del fiado el reembolso hasta que venza el plazo”. Y añade que, también por otro lado, y de lo dispuesto en el art. 1125 CC, resulta que no se puede exigir el cumplimiento de una obligación a plazo hasta que llegue; y a mayor abundamiento añade que “el art. 1127 presume que el plazo se ha pactado en interés tanto del acreedor como del deudor, todo lo que significa que, en un contrato de préstamo, las prestatarias pueden devolver la suma prestada en los plazos acordados, y “[Q]ue los fiadores hayan decidido cancelar anticipadamente el préstamo no supone que aquellas hayan perdido su derecho a devolver a plazos la suma recibida, por lo que no han de devolverla a los fiadores hasta que vayan cumpliéndose los distintos plazos mensuales de amortización”.

H. Del capítulo 10 (pluralidad de sujetos). Art. 10:102 (pluralidad de deudores): SSTS 31 octubre 2005 y 11 julio 2006

Con este capítulo 10 se inicia la Parte III de los PECL con el título de “pluralidad de sujetos” de la relación, dedicando la sección 1 a la “pluralidad de deudores” y la sección 2 a la “pluralidad de acreedores”.

En el primero de los artículos de la sección 1 –art. 10:101- se clasifican y definen las distintas obligaciones: **solidarias** cuando todos los deudores están obligados a cumplir una única y misma prestación que el acreedor podrá reclamar íntegra y totalmente a cualquiera de los deudores; **parciarias** cuando cada deudor esté obligado a prestar sólo una parte de la deuda y el acreedor tenga derecho a pedir a cada deudor sólo la parte que éste le adeude; y **colectiva** cuando todos los deudores estén obligados a cumplir la prestación de forma conjunta por lo que el acreedor sólo puede exigirla de todos ellos como grupo.

El segundo de los artículos -10:102-, que es el objeto de este comentario, describe las situaciones en que nacen las obligaciones solidarias –fuentes de las obligaciones solidarias-:

- (1) Cuando dos o más deudores se encuentren obligados ante un acreedor a cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato, dichos deudores serán responsables solidarios, salvo que el contrato o la ley disponga otra cosa.
- (2) Las obligaciones solidarias también nacen en caso de responsabilidad de varias personas por un mismo hecho.
- (3) El hecho de que los deudores no resulten responsables en los mismos términos no impide el carácter solidario de la obligación.

En los comentarios del texto se explica que el párrafo (1) describe el principio de solidaridad que surge en el caso de que varios deudores resultan obligados por un mismo contrato a cumplir una misma prestación, si otra cosa no han establecido, porque puede excluirse este principio por acuerdo de las partes o por la ley. El ejemplo -1- que ponen sus redactores es muy ilustrativo: cuando varios amigos alquilan como arrendatarios una casa de verano, el propietario puede reclamar la totalidad del importe del alquiler a cualquiera de los firmantes. El párrafo (2) se refiere a la responsabilidad solidaria también que surge de un mismo hecho o acto dañoso en que intervienen varias personas, en que la víctima puede exigir la reparación a cualquiera de los intervinientes. Y el párrafo (3) describe los casos en que existe también solidaridad aunque los deudores no resulten responsables en los mismos términos; se pone el ejemplo de que A, B y C, sean responsables de la devolución de un préstamo en que B y C lo tienen garantizado; el hecho de que A no lo tenga garantizado no exime que la obligación de devolución sea solidaria.

En relación a la presunción de solidaridad en las obligaciones contractuales, en el Derecho comparado –según las notas que siguen al texto- se pueden hacer tres grupos de países diferentes:

- unos en que existe una presunción general de solidaridad (el Derecho alemán -§ 427-, italiano –art. 1294-);

- otros no presumen la solidaridad en las obligaciones contractuales y, por tanto, no habrá solidaridad a menos que se disponga expresamente (Grecia –art. 480-, Países Bajos –art. 6:1[1] BW-, Escocia, y España²⁹⁰ –art. 1137 y 1138 CC-);
- y un tercer grupo que distingue entre las obligaciones civiles, en las que no se presume la solidaridad, y las obligaciones mercantiles, en que sí se presume (Francia –art. 1202-, Portugal –art. 513 y art. 100)²⁹¹.

En relación a la presunción de responsabilidad dimanante de un mismo hecho dañoso producido por varios responsables, la solidaridad es ampliamente reconocida en todos los ordenamientos. En España, el art. 1902 CC.

Y la solución del apartado (3) –deudores responsables en distintos términos o grados-, también se admite de manera generalizada. En España, el art. 1140 CC.

En la **STS 802/2005, de 31 de octubre** (ROJ 6651/2005), de la que es Ponente la Magistrada Encarnación Roca Trías, se resuelve la demanda que por el aprovisionamiento de fuel-oil a un buque hace Respsol contra la Compañía fletadora del buque y contra la compañía naviera o propietaria del buque, y ambas de manera solidaria.

El contrato se había concluido directamente con la fletadora (que no compareció al proceso), pero la reclamación se dirige solidariamente contra ambas, contra la fletadora y contra la propietaria.

El Juzgado estima la demanda y condena solidariamente, lo que confirma la Audiencia Provincial de Valencia. Y la propietaria recurre en casación al Tribunal Supremo (por inaplicación de los arts. 50 y 57 CCo, en relación con los arts. 1137 y 1138 CC) al considerar que no existe solidaridad entre fletador y propietaria porque tal solidaridad no se ha pactado en el contrato de fletamento y el contrato de aprovisionamiento se concierne únicamente con la fletadora, sin que el Código de comercio imponga solidaridad en este caso.

Y, frente al argumento de la naviera (propietaria), el Tribunal Supremo acude a su doctrina de la solidaridad en la comunidad jurídica de objetivos, y razona que,

“[L]a rígida norma del art. 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha

²⁹⁰ En España, y como hemos visto de la doctrina jurisprudencial expuesta en los apartados anteriores, la solidaridad es la regla en el ámbito mercantil, y en el ámbito civil –art. 1137 CC- su rigidez ha sido objeto de una interpretación correctora por el Tribunal Supremo, sobre todo en relación con las obligaciones mercantiles, en que para ofrecer garantías a los acreedores se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas.

²⁹¹ Véase la nota anterior.

llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (sentencias de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina “el acervo comercial de la Unión Europea”, en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles.”

Y en el caso de autos considera la Sala del Tribunal Supremo que la relación entre la naviera propietaria del buque aprovisionado por Repsol y la fletadora puede configurarse como una comunidad jurídica de objetivos, sin perjuicio de las reclamaciones entre las mismas; además, considera que el art. 586 CCo establece la responsabilidad del propietario del buque (naviero) por los actos del capitán destinados al avituallamiento de la nave, por lo que resulta coherente la consideración como solidaria de esta obligación frente al acreedor.

Abunda en su argumento que entre las atribuciones del capitán (que firmó los documentos de entrega del combustible en nombre del propietario del buque) está la de ser representante del naviero y entre las facultades que se le otorgan se encuentran las de “reparar, habilitar y avituallar el buque” (art. 588, 610, 5 y 620.2 CCo), y el art. 586 CCo hace responsables al propietario del buque y al naviero de los actos del capitán destinados a avituallar la nave.

En la **STS de 11 de julio de 2006** (ROJ STS 4453/2006), la misma Ponente –la Magistrada Encarnación Roca Trías- vuelve a invocar sus argumentos expuestos en la anterior STS de 31/10/2005, transcribiéndolos, a los efectos de rebatir la impugnación de la recurrente que denunciaba infracción del art. 1137 CC, en relación con la LCD, porque entendía que ésta no impone la solidaridad cuando se condena a más de un infractor.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1137 CC²⁹² establece de manera muy clara el régimen de mancomunidad para las obligaciones, salvo que “expresamente” la obligación determine el régimen de solidaridad.

En otras distintas normas va nuestro Código adoptando un régimen u otro. Por ejemplo, en el art. 1591 CC atribuye la responsabilidad por vicios de ruina (funcional) del edificio al contratista si la ruina obedece a vicios de la construcción, y al arquitecto si a vicio del suelo o de la dirección de la obra. Otra cosa es que, cuando no se puede atribuir la ruina a una u otra causa, porque no se

²⁹² Art. 1137 CC. La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

puede acreditar al desconocerse la causa de la misma, la jurisprudencia atribuye la responsabilidad de manera solidaria.

En esa misma línea se regula la responsabilidad de los agentes intervinientes en los procesos de edificación por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación. El art. 17 LOE ordena la responsabilidad civil de estos agentes (sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales) de manera que les es exigible “en forma personal e individualizada” (art. 17.2), según le sean los defectos o vicios de ejecución imputables a unos o a otros, y es “cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpa sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, (que) la responsabilidad se exigirá solidariamente...” (art. 17.3)²⁹³.

Sin embargo, se establece solidaria la responsabilidad para los mandantes o representados cuando son varios los que han nombrado al mandatario para un negocio común (art. 1731 CC). También responden solidariamente todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa (art. 1748 CC) a un mandatario para un negocio común,

Para el pago de las deudas hereditarias establece el art. 1084 CC la solidaridad (hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio)

Sin embargo, es cierto que nuestra doctrina tradicional ha venido siendo correctora de la rigidez del art. 1137 CC, que podemos referirla ya a las antiguas Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1931 –RJ 1931, 1968-, 23 de junio de 1956 –RJ 1956, 2721- y 17 de mayo de 1967 –RJ 1967, 2423-, que se citan en la STS de 7 de enero de 1984 –RJ 1984, 340-, en las que se pone de manifiesto que el principio general de la solidaridad de los deudores, cuando sean varios, no se presume, pero puede apreciarse cuando del contexto de la obligación, derivado del comportamiento de los contratantes, aparece la voluntad de las partes de cumplir lo debido. El art. 1137 CC se califica por esta última sentencia citada como “una norma exigente, drástica y por tanto no presumible” que requiere una manifestación expresa, pero expresa no quiere decir rigurosa constatación escrita, sino que basta con que se deduzca esa solidaridad de las características de la obligación, de que las partes hayan querido que se genere una responsabilidad “*in solidum*”. El caso concreto objeto de estudio por la STS de 7 de enero de 1984 era la reclamación del precio por el constructor de una obra a los dueños de la misma de manera solidaria, aunque el contrato lo hubiera suscrito solamente uno de ellos, porque la obligación de pago no emana para el acreedor de la participación en el

²⁹³ Respecto del promotor, concreta esta norma que será siempre y en todo caso responsable solidario con los demás agentes “ante los posibles adquirentes”.

crédito del deudor, sino de la adecuada contraprestación por la realización de una obra en que en su integridad participan todos los deudores, y más –se dice- en cuanto que atribuir dominio sobre la finca a una determinada persona sin contraprestación de precio de su construcción significaría un claro supuesto de enriquecimiento injusto.

En una reclamación de la cantidad de un préstamo y sus intereses, la STS de 26 de abril de 1985 –RJ 1985, 1991- declara que la no presunción de solidaridad establecida en los arts. 1137 y 1138 CC (también proclamada en el art. 1058 del Proyecto de 1851, que la tomaba de la Novísima Recopilación, Ley diez, título I, Libro diez –<salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum*>) es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad (sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato figure una expresión literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes que denoten que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico...).

En el mismo sentido se dice más recientemente –STS de 26 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6065)- que según el art. 1137 CC la solidaridad de las obligaciones no se presume, pero tampoco impide esta norma “que pueda ser aplicable la solidaridad tácita, cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos manifestándose una interna conexión entre todos ellos a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de la interpretación que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato”, lo que se argumentaba a colación de un supuesto de hecho en que existían dos personas en la relación arrendaticia como arrendatarios, encajando en un supuesto de comunidad de derecho, es decir, una comunidad sobre un derecho de arrendamiento de local de negocio, en el que al jubilarse uno de los titulares su parte acrece al otro cotitular que pasa a ostentar la condición de único arrendatario, de modo que puede decirse que se produjo una novación subjetiva, una transmisión, y, por tanto, una causa de resolución contractual.

En la STS de 18 de junio de 2008 –RJ 2008, 4255-, de la que es Ponente Encarnación Roca Trías –la misma Ponente que ha citado este art. 10:102 PECL en las anteriores de 31 de octubre de 2005 y 11 de julio de 2006 –referidas al principio de este apartado-, expone en cambio en esta más reciente que el art. 1137 CC determina que la solidaridad debe establecerse por las partes del contrato de forma expresa, pero que esta redacción ha sido suavizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –como ya hemos visto- en el sentido de entender que el art. 1137 CC lo que exige es una clara intención de los contratantes de establecer la solidaridad de las obligaciones, intención esta que puede también deducirse de la concurrencia de antecedentes del negocio o del conjunto de circunstancias –es decir, de una manera tácita-, con tal que se pueda llegar a interpretar que esa era la voluntad de los interesados.

I. Del capítulo 13 (compensación). Art. 13:102 (créditos indeterminados): STS 5 enero 2007.

En el capítulo 13 se regula la compensación, que procede cuando las partes son recíprocamente deudoras de obligaciones de la misma naturaleza, en que cualquiera de ellas puede compensar su deuda contra el crédito de la otra, siempre y cuando:

- las obligaciones estén vencidas [art. 13:101 -que quien pretenda la compensación tenga derecho en ese momento (a) a cumplir ya su prestación; y (b) a exigir el cumplimiento de la otra y vencidas-]
- y determinadas [art. 13:102 -(1) un deudor no podrá compensar una deuda indeterminada en cuanto a su existencia o su importe si la compensación implicara algún perjuicio a los intereses de la otra parte; (2) se presumirá que no se perjudican los intereses de la otra parte cuando las deudas de ambas partes deriven de la misma relación jurídica]

En los comentarios que siguen a esta regla se advierte del peligro que supone admitir la compensación sin cautelas, porque podría el demandado prolongar el proceso alegando una compensación sobre una obligación dudosa, y estas cautelas considera que se pueden lograr de tres modos:

- (1) exigiendo que el crédito que se pretende compensar sea determinado o pueda determinarse, pero como que en algunos casos pudiera ser un requisito excesivo, no se exige como un requisito sustantivo de liquidez, dejando el margen de discrecionalidad a que la compensación en tal caso de que no fuera líquida la deuda, no implicara perjuicio a los intereses del demandante;
- (2) no exigiendo que el crédito sea determinado, pero posibilitando al juez que rechace acciones de compensación que constituyan prácticas dilatorias o su enjuiciamiento por separado (pero consideran los comentaristas de este texto que esta solución es complicada y poco práctica);
- (3) y el modo por el que optan los PECL es una solución ecléctica o de compromiso entre las dos anteriores: si la obligación que se pretende compensar no puede determinarse de manera inmediata, el juez puede resolver sobre la obligación principal sin atender a la demanda de compensación del demandado (siempre que sea posible resolver sobre aquella pretensión principal inicial); y el juez tendrá que distinguir dos supuestos: (a) cuando ambas deudas nazcan de una misma relación

jurídica, en cuyo caso los PECL consideran que los intereses del acreedor principal inicial no resultarían perjudicados, y en cuyo caso deberá el juez resolver sobre ambas al mismo tiempo; (b) y viceversa, si las deudas no nacen de la misma relación jurídica, el juez debe resolver sobre la principal y considerar sin efecto la pretensión de compensación del demandado, que deberá ejercitar su derecho de manera independiente.

Sobre la liquidez como requisito de la compensación se cita en las notas que siguen a los comentarios de este artículo 10:102 que es un requisito material de la compensación en los ordenamientos de Francia, Bélgica y Luxemburgo, exigible no sólo a la obligación cuya compensación se pretende, sino también a la obligación principal; y por lo que respecta a España, se nos remite al art. 1196 (4) CC, en el que, en efecto, se nos relaciona la liquidez de la obligación como requisito sustantivo, pero como ya hemos visto que argumenta la STS de 5 de enero de 2007 que hemos comentado anteriormente, lo es tal requisito para la compensación legal; sin embargo, para la compensación judicial, compensación no recogida en la regulación del Código civil, pero admitida por la doctrina jurisprudencial, no se exigen todos los requisitos sustantivos que se exigen para la compensación legal en el Código civil, exigiéndose la concurrencia de créditos y títulos recíprocos y pudiendo operar aunque las deudas no sean líquidas.

En la **STS 5 de enero de 2007** (ROJ STS 1/2007)²⁹⁴, de la que es Ponente la Magistrada Encarnación Roca Trías, se invoca esta regla de los PECL con ocasión de resolver la reclamación de una empresa al demandado por el precio de la obra de construcción, frente a la que el demandado opone una lista de deudas que decía que la demandante le adeudaba a él por razón de relaciones comerciales y por haber tenido que hacerse cargo de deudas de la empresa constructora a la que había avalado, por lo que, en reconvenición, pidió compensación: a) de las cantidades pagadas por él en ejecución del aval que la demandante no pagó; b) el embargo trabado por un tercero en bienes del demandado por una deuda de la actora, avalada también por el demandado, aunque en el momento de presentación de la demanda no se había aún dictado sentencia de remate, que se dictó después y ejecutada mediante subasta de la vivienda del demandado reconviniente hipotecada en garantía de ese crédito; y c) unas letras de cambio, giradas por un tercero contra la actora, que el reconviniente tenía en su poder.

El Juzgado admitió la compensación sólo de la cantidad pagada por el demandado como fiador –la del apartado a). La Audiencia estimó en parte el recurso y compensó también la cantidad sobre la que se habían trabado embargos, porque se habían ejecutado antes de la sentencia de segunda instancia –la del apartado b); pero no compensó los importes correspondientes al apartado c).

²⁹⁴ Esta sentencia se cita por la SAP Granada (sección 3) 487/2009, de 6 de noviembre (JUR 2010, 87816), que reproduce sus argumentos en el FD 2

La sentencia del Tribunal Supremo entiende correctamente aplicada la compensación por la Sala de apelación, porque aunque la llamada compensación judicial no aparece expresamente recogida en el art. 1195 CC, sin embargo, ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial en numerosos pronunciamientos, en los que se configura como <una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso>; y cita la sentencia de 17 de julio de 2000 (RJ 2000\6803), exigiéndose la concurrencia de créditos y títulos recíprocos y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio, aunque las deudas no sean líquidas, como exige el Código para la compensación legal.

En la compensación judicial –afirma la sentencia que comentamos-, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber:

<<< “... la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento> de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (artículo 13:102 de los Principios de Derecho europeo de contratos)...” >>>

El Tribunal Supremo recoge en esta sentencia su doctrina ya consolidada acerca de la figura de la compensación ‘judicial’, como aquella en la que no se exigen todos los requisitos que el Código civil exige para la compensación legal, y uno de estos requisitos que precisamente no se exigen es el relativo a la liquidez de la deuda, siendo así porque entiende la doctrina jurisprudencial que deben simplificarse las operaciones de cumplimiento de las obligaciones en general, y en particular en el caso de que dos personas sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra, “resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo”, añadiendo a continuación la llamada al dictado de esta regla en el art.10:102 PECL, que posibilita la compensación de deudas indeterminadas.

Sin embargo, nuestra doctrina jurisprudencial ha configurado la compensación judicial como aquella en que no se exigen todos los requisitos que el Código civil exige para la compensación legal, entre ellos expresamente se cita la no exigencia de que la deuda sea líquida, pero esta regla del art. 13:102 PECL no permite en todo caso la compensación de deudas ilíquidas, sino solo si la compensación no implica “perjuicio a los intereses de la otra parte”. Y este requisito también lo añade la STS de 5 de enero de 2007 cuando invoca esta regla, con el lapso o desacierto de que no se refiere el impedimento de la compensación al perjuicio de

los intereses “de la otra parte” –según así el texto del art. 13:102-, sino de “ambas partes”.

Por tanto, entendemos que en este caso, y en lo que respecta a este requisito añadido de que “no se perjudiquen los intereses de ambas partes” (o “de la otra parte”) para que opera la compensación judicial en los casos de créditos indeterminados, se refuerza el argumento de la construcción jurisprudencial de la “compensación judicial”, pero se introduce al mismo tiempo un requisito del texto académico, el de no perjudicar los intereses de las partes, que ni aparece en nuestra doctrina, ni en nuestro ordenamiento, ni entendemos que pueda aparecer, porque la compensación de deudas siempre perjudicará el “interés” del demandante principal inicial, si se opone a la reconvencción, lo que nos lleva a pensar también en la poco afortunada utilización del término “interés” que se hace tanto en la versión inglesa del art. 13:102 PECL, como en la versión castellana que utilizamos, pareciéndonos más apropiada, quizás, la utilización en todo caso del término “derechos” –*droits*- que se utiliza en la versión francesa.

Según nuestro criterio, la formulación de esta regla vendría, entonces, a traducirse así: un deudor no puede oponer la compensación de una deuda ilíquida, a menos que no perjudique los derechos de la otra parte, presumiéndose que no se perjudican esos derechos si ambas deudas nacen de la misma relación jurídica.

Y también entendemos que la configuración jurisprudencial tradicional de la compensación judicial es más amplia que la que se nos configura en la STS de 5 de enero de 2007, con ese requisito añadido del texto del art. 13:102 PECL relativo a la exigencia de que en el caso de que la deuda sea ilíquida, la compensación no debe perjudicar los intereses (o derechos) de la otra parte.

En el caso sometido a la resolución de la STS de 7 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8909), en que se trataba de una demanda principal inicial en reclamación de la devolución de un préstamo a la parte demandada –abogado-, a la que esta opone por excepción la compensación debida por unas minutas de honorarios por servicios profesionales prestados como abogado de la parte demandante, el tribunal no da lugar a la compensación, pero no por la iliquidez de la deuda, sino porque se opuso por vía de excepción, en lugar de por vía reconvenccional en que se pudiera determinar la existencia y cuantía de la deuda: ante la reclamación del préstamo del que era solidariamente responsable, el codemandado opuso la compensación por vía de excepción, “pero no reconvino para que se fijara la cuantía, ni propuso prueba sobre este extremo. Es cierto... que para oponer la compensación no se requiere la reconvencción, pero siempre que se trate de deudas que reúnan los requisitos del art. 1196 CC al inicio de la litis. (...) ... no cabe oponer la compensación legal, ni puede procederse a la llamada compensación judicial, pues ésta requiere una petición, realizada por vía de demanda o de reconvencción respecto de la determinación de la existencia y de la cuantía de la deuda o, en general, sobre la apreciación de las circunstancias que exige el art.

1196 CC (SSTS 24 octubre 1985 [RJ1985, 4949], 11 octubre 1988 [RJ 1988, 7409], 2 febrero 1989 [RJ 1989, 658], 12 junio y 16 noviembre 1993, 24 marzo y 9 abril 1994 [RJ1994, 2739], 27 diciembre 1995 [RJ 1995, 9210], etc.)”.

La compensación judicial –según la jurisprudencia- requiere un pronunciamiento judicial, y para ello es preciso:

- en todo caso, que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio (SSTS 23 diciembre 1991 [RJ 1991, 9476], 8 junio 1998 [RJ 1998, 4284], 26 marzo 2001²⁹⁵ [RJ 2001, 4761]...
- y que los respectivos créditos, si no antes, al menos como consecuencia del proceso, reúnan las condiciones que señala el art. 1196 CC (crédito vencido, exigible y líquido)

Si por hipótesis estuviéramos ante un crédito que reuniera esas condiciones –vencido, exigible y líquido-, la mera oposición de ese crédito por vía de excepción sería bastante, sin necesidad de formular reconvención. Pero si no se dan esas circunstancias, para la viabilidad de la compensación se ha de pedir el pronunciamiento judicial por vía de reconvención y dar al órgano judicial la prueba necesaria de los requisitos del crédito compensable (existencia, vencimiento y liquidez).

²⁹⁵ No requiere la compensación judicial que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, sí requiere que concurren créditos y títulos recíprocos y que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio (SSTS 23 diciembre 1991 [RJ 1991, 9476] y 8 junio 1998 [RJ 1998, 4284], entre otras).

VII. CONCLUSIONES

Con independencia de la necesidad o no de promover una unificación del Derecho privado en el ámbito de la UE, que al menos si no unificación, sí una armonización nos parece insoslayable si se quiere no entorpecer el mercado único, ésta hemos visto que se propone mediante dos métodos distintos: o bien desde arriba, con la elaboración y promulgación de un Código Europeo, en cuyo sentido apuntaban las primeras Resoluciones del Parlamento Europeo, o bien desde abajo, buscando una unificación blanda (*soft law*), a la manera de los *restatements* del *American Law Institute* y del viejo *ius commune*.

Los PECL se inspiran en los *restatements* americanos y, más que una pretensión codificadora a corto plazo, tienen unas miras armonizadoras y de consolidación de sus principios en todos los Estados miembros de la UE. No vinculan ni sustituye ningún ordenamiento nacional. Su aplicación es voluntaria por sus destinatarios (legisladores y tribunales, además de los propios interesados). Sin embargo, y por cuanto que una buena parte de sus reglas coinciden con la filosofía de las contenidas en la CISG, que sí que es Derecho positivo para nuestro ordenamiento, se comprenderá que, aunque las reglas de la Convención vengán dirigidas al campo particular de los contratos de compraventa internacional de mercancías, por analogía podrían extenderse sus reglas al Derecho contractual en general, con lo que la vía de entrada en nuestro ordenamiento de esa armonización parece posible, aunque no haya cambios apreciables.

En nuestra doctrina hemos podido comprobar que los PECL tienen la puerta abierta de par en par. Tanto en la doctrina científica, que da amparo a la legislativa, como es el caso de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos, que ha publicado en enero de 2009 el Ministerio de Justicia, elaborada por la Comisión General de Codificación, como en la doctrina jurisprudencial, que como resulta acreditado se vienen ocupando con bastante asiduidad y puntualidad en casi todas las materias que integran el Derecho de obligaciones.

La razón de semejanza entre las reglas de los PECL y esta Propuesta de Modernización del Código Civil no ha sido objeto de nuestro estudio, pero se atisba su presencia, y no ya conceptual, sino también terminológica. Prueba de ello es que últimamente se vienen invocando por los Tribunales la regla de los PECL y al mismo tiempo su equivalente de esta Propuesta de Modernización. Por otra parte, no podemos obviar que los redactores de los PECL nombran con reiteración en sus notas relativas a nuestro Derecho de obligaciones, entre otras, la obra del Prof. Luís Díez-Picazo, que es también el Presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

Y en cuanto a la jurisprudencia, y su capacidad de armonizar y unificar la doctrina, aunque no se relacionen sus dictámenes en nuestro Derecho positivo como fuente de nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede dudar de su fuerza para complementarlo –que es la función que le atribuye el art. 1.6 CC- como suprema intérprete de las fuentes (de la ley, de la costumbre y de los principios generales del derecho). Y también se ha podido comprobar que, por el origen común de las reglas que se contienen en los PECL, permite el Tribunal Supremo su utilización “como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil”²⁹⁶.

La diversidad de sistemas legislativos se debe a la pluralidad de soberanías estatales, pero, si se pretende un mercado único para estos Estados, no puede afectar aquella diversidad a la unidad fundamental del Derecho privado. Por tanto, las divergencias deberán ser más bien formales, en cuanto a su expresión terminológica, que no de contenido, lo que obliga a razonar una solución con miras más amplias, con miras en un nuevo *ius commune*, que hoy por hoy parece que sólo podrá configurarse por la doctrina jurisprudencial.

En lo que se refiere al objetivo armonizador del Derecho general de contratos que se marcan los PECL a través de su utilización por los Tribunales, en los españoles hemos podido comprobar que comenzaron a introducirse en sus argumentaciones, primero, sin carta alguna de presentación, como hizo la primera de las resoluciones jurisprudenciales recaídas con su mención (la STSJ de Navarra de 6 de octubre de 2013), que hacía referencia general a “los conocidos Principios del Derecho Europeo de Contratos...”, pero sin precisar la regla concreta. Pero pronto se le atribuiría su función interpretativa de nuestras propias normas, dado el origen común de sus reglas y de nuestro propio ordenamiento, aunque tampoco nunca como argumento principal o de *ratio decidendi*, sino como argumentación auxiliar o complementaria.

En sus primeras sentencias, el Tribunal Supremo no nos dice qué son los PECL, y, sin embargo, los menciona y nos transcribe su regla concreta que complementa su argumentación (v.gr., la STS de 10/10/2005); pero después ya se nos dirá, por ejemplo, que la nueva tendencia en la interpretación jurisprudencial del art. 1124 CC “se ajusta a los modernos planteamientos sobre el incumplimiento contenidos en la CISG...”, con cita de su art. 25, y con explicación de que debe servirnos para integrar el art. 1124 CC, añadiendo que en un sentido parecido se pronuncia el art. 8.103, c) PECL.

En la STS de 31/10/2006 se nos dice algo más; nos dice que el criterio de la jurisprudencia es también el que ya se recoge en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento (refiriéndose a la CISG) y es también el que se refleja en los PECL, que nos dice es un documento

²⁹⁶ STS de 17 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 675).

en el que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* y comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, por lo que concluye en que debe servirnos para integrar el art. 1124 CC.

En la misma materia, la STS de 23/07/2007 se nos expone el criterio de la doctrina jurisprudencial relativa al art. 1124 CC y la avala diciendo que “esto ocurre... en los Principios Unidroit (art. 7.3.1.2.b) ... y también según los PECL (8:108) (8:109).

A nuestro entender, los Tribunales podrían haber extendido la eficacia armonizadora pretendida por estos Principios, y han abundado las ocasiones, con base legal suficiente en el mandato que se contiene en el art. 3.1 CC, de que las normas jurídicas deben interpretarse también “en relación... con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”, como así reconoce incluso el propio argumento de alguna de estas sentencias que justifican la interpretación del art. 1124 CC siguiendo el criterio de la CISG, cuando acaban diciendo que tal criterio debe servirnos para integrar el art. 1124 CC “siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica”. Sin embargo, decíamos que han abundado ocasiones y no se han atrevido a ir más lejos del dictado de la doctrina tradicional; y estamos pensando en las ocasiones que han tenido últimamente para resolver contratos atrapados por la grave crisis del ladrillo, y no lo han hecho, sino que han mantenido la rigidez de la “peligrosa” cláusula *rebus sic stantibus*, como hemos visto en el capítulo IV al estudiar la regla del art. 6:111 PECL.

Notamos, por tanto, un marcado carácter conservador de nuestras instituciones jurídicas en las resoluciones de los tribunales, si bien no se cierran a la apertura. Por ejemplo, así hemos visto en la STS de 30/07/2012 con ocasión de interpretar el efecto de la resolución en obligaciones de tracto continuo, que acude al art. 9:305 (1) PECL y al art. 1204 PMCC, que “pese a no tratarse de reglas de Derecho positivo, tienen un valor doctrinal innegable”.

La utilización de los PECL por los tribunales de las Audiencias Provinciales discurre por dos vías: la mayoría de las resoluciones en que aparecen nombrados es porque su ponente se ha limitado a copiar y pegar el texto del argumento del Tribunal Supremo en que aparecen citados; sin embargo, algunas otras omiten que la utilización del texto se autoriza por el Tribunal Supremo como interpretativo de nuestras normas positivas y citan su articulado con remisión al propio texto, como si de un texto normativo vinculante de nuestro ordenamiento jurídico se tratara, lo que ha llevado a algún operador jurídico a invocar incluso la infracción de la regla de los PECL como motivo del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, forzando a éste a corregir y advertir al recurrente que estas reglas no son textos normativos vinculantes (“no es fuente del Derecho), sino interpretativos de

nuestras normas (“sino un texto académico que sirve para informar...”), por lo que no pueden ser objeto de infracción para sustentar el recurso de casación STS de 26 de abril de 2013).

En ocasiones, los tribunales de alguna Audiencia Provincial no ha acudido a la fuente originaria –a los PECL-, sino a los repertorios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, accediendo a la utilización de estas reglas articuladas del documento académico como si de un texto legal se tratara, pero denotando su desconocimiento, como se desprende del error en que incurre la SAP de A Coruña, de 28 de abril de 2006, y la SAP de la Rioja, de 3 de junio de 2008, que de aquélla también parece traer causa, al tomar en consideración de la STS de 10 de octubre de 2005 el argumento relativo al alcance resolutorio del art. 1124 CC de manera incorrecta, pues la STS de 10 de octubre de 2005 argumenta que nuestra jurisprudencia requiere al respecto (a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; (b) que sean exigibles; (c) que quien pretenda la resolución haya cumplido su propia prestación, ..., y (d) *un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, de 25 de noviembre de 1992....), de manera que “de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte” [art. 8:103, c Principios del Derecho europeo de contratos]...*”

La SAP A Coruña de 28/04/2006 transcribirá este texto marcado en cursiva, pero ya no sólo sin indicar previamente la fuente de donde procede –que es la STS de 10/10/2005-, que lo hará al final (la del tribunal de la AP de La Rioja ni siquiera hará cita alguna)-, lo que provoca la sensación de que la jurisprudencia que se está citando aplica directamente la regla del art. 8:103, c) de los PECL, como si un texto normativo vinculante se tratara, desconociendo incluso que se hace referencia a sentencias de 1986, de 1992, de 1996..., cuando en esas fechas no se habían publicado todavía los PECL. Así se dice: “Y, recientemente, se ha acudido a los Principios del Derecho europeo de contratos para hablar de “incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986...).

Hemos de reconocer, no obstante, que la utilización actual de los PECL por los tribunales españoles está en plano de igualdad con nuestras propias normas, que entraron de la mano de su propia fuente –la CISG-, que sí que forma parte de nuestro ordenamiento, por ser un texto normativo internacional al que España se adhirió por Instrumento de ratificación de 17 de julio de 1990 (BOE de 30/01/1991) y que entró en vigor el 1/08/1991, pero que han adquirido autonomía propia en la interpretación, e incluso integración, de nuestras normas, con arreglo al mandato de su interpretación acorde a la realidad social del momento actual. Sin embargo, sería conveniente que se hiciera una utilización adecuada y razonable, y para ello, como para la utilización de cualquier otra norma, sería

conveniente que fueran más ampliamente conocidos y estudiados estos Principios del Derecho Europeo de Contratos.

En todo caso, hemos de asentir que si por los tribunales de todos los Estados miembros se utilizan los PECL como se están utilizando en nuestro país, se estaría consiguiendo realmente una de las finalidades y objetivos perseguidos por sus redactores y por las instituciones que los auspiciaron, cual es la ayuda a la armonización conceptual y terminológica del Derecho de obligaciones y contratos.

Lo que está todavía por ver es el resultado de esta utilización en conflictos entre cuestiones reguladas en nuestro ordenamiento de manera divergente. ¿Se conseguirá la acomodación a los principios comunes? Una puerta abierta tenemos con la regla del art. 9:509 PECL en relación con las obligaciones con cláusula penal. Nuestro ordenamiento (art. 1152 y 1154, ambos del CC) se rige por la libertad de pactos y si hay un incumplimiento total (art. 1152CC), aunque la cláusula penal sea excesiva nuestro sistema no permite al Juez su moderación (ya que fue libremente pactada por las partes –STS de 10 de mayo de 2001. En cambio, en el art. 9:509 (2) PECL se dispone que “aunque se haya dispuesto otra cosa”, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias. Y en este mismo sentido va la propuesta de modificación (art. 1150).

Actualmente en nuestro ordenamiento solamente se puede modificar la pena cuando el incumplimiento ha sido parcial (en cuyo caso el art. 1154 CC impone al Juez la obligación de modificarla; en otros ordenamientos, art. 1384 CC italiano, art. 812.2 CC portugués y art. 1231 CC francés, no se impone como obligatorio para el Juez, sino potestativo)²⁹⁷.

Por último, no podemos por menos que concluir en que resulta necesaria una nueva elaboración del Derecho de obligaciones y contratos: el Derecho tradicional se está viendo comprometido por las modificaciones legislativas (fundamentalmente por las relativas al Derecho de consumo) y por las resoluciones jurisprudenciales que últimamente se están viendo obligadas a acometer soluciones a los problemas que se le plantean por nuevos contratos, más complejos, e incluso algunos de molde angloamericano (con cláusulas de manifestaciones y garantías), ajenos a nuestra cultura jurídica. Tampoco podemos olvidar que nuestro actual Derecho de obligaciones y contratos pervive sin modificación legislativa de importancia desde su promulgación en 1889. Por tanto, aunque esta pervivencia viene siendo posible gracias al encargo de la jurisprudencia de complementar el ordenamiento con las interpretaciones de sus fuentes (art. 1.6 CC), interpretaciones que habrán de hacerse según la actual

²⁹⁷ Vid. STS 17 enero 2012 y 5 octubre 2010

realidad social, no vendría de más que se procediera a una verdadera modernización legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GALVIS, RICARDO. De la cláusula *rebus sic stantibus* al cambio fundamental en las circunstancias. Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI). www.anuariocdi.org

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Derecho civil. II. Vol. 1. Bosch, 1980.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Derecho civil. II. Vol. 2. Bosch, 1980.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Comentarios al Código Civil. T XV Vol 2. Artículo 1154

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN. Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia. ReDCE nº 5, Enero-junio 2006, p.101.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN (dir.). Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Atelier-Barcelona, 2011

ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, FERNANDO M. Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2013. Pamplona, 2013.

ALONSO PÉREZ, M. El riesgo en el contrato de compraventa. Ed. Montecorvo, 1972

ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO JAVIER. La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho privado europeo: un apunte histórico-dogmático. Seminarios complutenses de Derecho romano. Revista complutense de Derecho romano y tradición romanística. Núm. XVII, págs. 157-171

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE. La cláusula *rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch, 2003.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho Privado Europeo. En “Textos básicos de Derecho Privado Europeo” REINER SCHULZE – REINHARD ZIMMERMANN. Marcial Pons, 2002

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. Los Principios del Derecho contractual comunitario. ADC, LXI, 2008, p. 211

ATTARD ALONSO, EMILIO. En torno a la cláusula *rebus sic stantibus*. Separata de Propiedad y Construcción. Revista de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana. Valencia, 1956

BADENES GASSET, RAMÓN. El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional). Bosch, 1946.

BARRÓN ARNICHES, PALOMA DE. Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia. *InDret* núm. 3, Julio 2008 www.indret.com

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre la naturaleza jurídica de la compraventa a plazos. Edit. Moneda y Crédito, 1971.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Introducción al Derecho de contratos; en Tratado de Contratos, t. I, Tirant lo Blanch, 2009

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (coord). Comentarios al Código Civil, 2ª ed. 2006. Thomson-Aranzadi. Madrid

BETTI, EMILIO. Teoría general del negocio jurídico. Comares, 2001

BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (dir). Derecho contractual europeo. Bosch, 2009.

BUSSANI, MAURO. En busca de un Derecho privado europeo. ADC 2002 vol. 55, núm. 3, p. 941

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. Comentarios a los artículos 1152-1155 Código Civil; en Cándido Paz-Ares, Luís Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dir). Comentarios al Código Civil, t. II, Ministerio de Justicia. Madrid.

CANDIL CALVO, FRANCISCO. La cláusula *rebus sic stantibus* (Estudio de Derecho español). La Gavidia, Sevilla, 1942. Madrid, 1946.

CAPINTANT, HENRI. De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs) » Librairie Dalloz. Paris, 1927

CASTRO, FEDERICO DE. El negocio jurídico. Civitas, 2002.

CELICE, RAYMOND. El error en los contratos. Ed. Góngora. Madrid, 1930

CLEMENTE, ANA ISABEL. Algunas observaciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica. RIDROM, octubre-2008.

CLEMENTE MEORO, MARIO. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo Blanch, 1998

COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II. Editado por el Consejo General del Notariado, 2003.

COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III. Editado por el Consejo General del Notariado, 2007.

CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL. El pago o cumplimiento de las obligaciones. Ed. Tecnos, 1986.

CUATRECASAS. Principios Unidroit relativos a los contratos del comercio internacional 2010. Edit. La Ley, 2012

DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER. La obligación con cláusula penal, Montecorvo, Madrid, 1992.

D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO, Derecho Privado Romano. 9ª ed. Eunsa, 1997

D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO. Comentarios al Código Civil. T. XXXVIII Vol 2º. Ley 493 de la Compilación de Navarra

DÍAZ ALABART, SILVIA. La facultad de moderación del art. 1103 del Código Civil. ADC vol. 41, núm. 4, pp. 1133-1224 (1988)

DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE DE. Curso elemental de Derecho civil. Madrid, 1923

DÍEZ-PICAZO, LUIS. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I – Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II – Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III –Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, IV –Civitas, 2010.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V –Civitas, 2011.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, VI –Civitas, 2012.

DÍEZ PICAZO, LUIS. Sobre la imposibilidad inicial de la prestación. En J.M. Abril y M. E. Amat (coord.): Libro Homenaje al prof. Lluís Puig Ferriol. Valencia, 2006

DÍEZ-PICAZO, LUIS. Reforma de los Códigos y Derecho europeo. Anuario de Derecho Civil. Vol. 56 nº 4, 2003, p. 1565.

DÍEZ-PICAZO, LUIS; y GUILLÓN, ANTONIO. Sistema de Derecho civil. Vol. II. Tecnos, 1978

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Editorial Civitas, 2002.

DÖRR ZEGERS, JUAN CARLOS. Notas acerca de la teoría de la imprevisión. Revista chilena de Derecho. Vol. 12, pp. 253-270.

DUALDE, Joaquín. De la cláusula *rebus sic stantibus* (relatividad contractual)” AAVV., Temas varios de Derecho Público y Privado, Librería Bosch, Barcelona, pp 25 y ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M ANGELES. Comentario a la ley 493, en E. Rubio Torrano (Dir). Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Aranzadi, 2002, pp. 1664-1673

ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO; VAQUER ALOY, ANTONI. Bases de un Derecho contractual europeo. Edit. Tirant lo Blanch, 2003

FENOY PICÓN, NIEVES. La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del art. 1124 CC y del art. 121 del Texto refundido de consumidores. ADC, LXII, 2009, p. 157.

FENOY PICÓN, NIEVES. El sistema de protección del comprador. Cuadernos de Derecho Registral. 2006

FERNÁNDES DE ALMEIDA, ROBERTO. De la resolución del contrato por costo excesivo. Ratio Legis. Salamanca, 2013.

FERNÁNDEZ GREGORACI, BEATRIZ. El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Revista Jurídica de Cataluña (2009-2), pp. 171-188

FERNÁNDEZ ROCAS, JOSÉ CARLOS. Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente”. La Ley 2005-II p. 1442.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho Privado de la Unión Europea. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, p. 157. Puede consultarse en: <http://eprints.ucm.es/6566/>

GALGANO, FRANCESCO. El negocio jurídico. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch, 1992.

GARCÍA ABURUZA, M PAZ. Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula *rebus sic stantibus*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2012. Pamplona.

GARCÍA-AGÚNDEZ JIMÉNEZ, JUAN M. La obligatoriedad del contrato y mitigación de su eficacia. Dialnet.

GARCIA GOYENA, FLORENTINO Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo III, Madrid 1852.

GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE. Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual). ADC vol. 40, II, pp. 525-600

GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA. Derecho Privado Romano. Tirant lo Blanch, 1999.

GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA. La modificación de las condiciones del contrato (La cláusula *rebus sic stantibus*). Roma e America Diritto Romano Comune, 22/2006. p. 129.

GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA. Propuestas para una unificación jurídica europea. Estratto dal volumen “Studi in onore di Antonino Metro”, Tomo II, Giufrè Editore, 2010

GÓMEZ CALLE, E. 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. LXV-I, Enero 2012

GÓMEZ POMAR, FERNANDO. Previsión de daños, incumplimiento e indemnización. Civitas, 2002.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO. El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* 3/2007 (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR, FERNANDO; y GILI SALDAÑA, M. El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos. *InDret* 1/2012. (www.indret.com).

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Los Principios Lando. En E. Bosch Capdevila (dir) Derecho contractual europeo. Bosch, Barcelona, 2009

GUILLOT, ROSA ADELA LEONSEGUI. El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias. *Revista de Derecho UNED*. Núm. 10, enero 2012 VLEX 420104478

GUZMAN BRITO, ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano*. T. I y II. Editorial Jurídica de Chile, 1997

HAURIOU, MAURICE. La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales. *RDP*, T. XIII, 1926, pp. 1-13

INFANTE RUIZ, FRANCISCO J. Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo. *InDret* 2/2008. www.indret.com

JORDANO FRAGA, FRANCISCO. La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil. Civitas, Madrid, 1992.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed. Bosch Editor, Barcelona, 1990.

LARENZ, KARL. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada, 2002

LARROUMET, CHRISTIAN. La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa. *Revista de Derecho Privado*. Enero-agosto 2006. p. 69

LLUIS Y NAVAS BRUSI, JAIME. La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados. Instituto Editorial Reus, 1957.

MAKESINIS, BASIL. Doscientos años de un famoso Código: ¿Qué deberíamos estar celebrando? *InDret*, 249, noviembre 2004. www.indret.com

MARÍN GARCÍA, IGNACIO. Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho. Enero 2008.

MARTÍN CASALS, MIQUEL²⁹⁸. Reflexiones sobre la elaboración de unos Principios Europeos de Responsabilidad civil. Ponencias del 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada 14, 15 y 16 noviembre 2002. Puede consultarse en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>

MARTÍN CASALS, MIQUEL. Líneas generales de los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil. Ponencias del 5º Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Pamplona. Noviembre 2005, Granada, Grupo Editorial Universitario,

²⁹⁸ Miembro del European Group on Tort Law.

2005, p. 209. Puede consultarse en:
http://www.derechodedaños.cl/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=30&Itemid=42

MARTÍN CASALS, MIQUEL. Els principis de dret patrimonial europeu i la codificació del dret català. La Notaría, 11/2001, VLEX 242005

MARTINEZ VELENCOSO, LUZ M. Riesgo negocial v. cláusula *regus sic stantibus*. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Enero 2011.

MARTINEZ VELENCOSO, LUZ M. La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial. Thomson Civitas, Madrid, 2003

MARTÍNEZ SANZ, F. Principios de Derecho europeo de los contratos – Comisión Lando- En Cámara Lapuente, S. (coord.) Derecho privado europeo, Madrid, 2003

MAS BADÍA, M DOLORES. La revisión judicial de las cláusulas penales. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MASIDE MIRANDA, ENRIQUE. El futuro Código civil europeo de contratos. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 684, julio-agosto 2004 VLEX-328755

MATA, ALMUDENA DE LA. Un paso más hacia la unificación del Derecho privado europeo. Aranzadi Civil núm. 7/2003.

MOMBERG URIBE, RODRIGO. Perspectivas en Derecho Privado Europeo. Revista de Derecho (Valdivia). V. 13. Diciembre 2002. Puede consultarse en:
<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art05.pdf>

MONTES PENADES, VICENTE L. Comentario al art. 1124 del Código Civil, en M. Albaladejo (Coord), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XV, vol. I, Edersa, Madrid, pp. 1182 y ss (1982)

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. El propósito práctico y la idea de negocio en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico). ADC vol. 36, IV, pp. 1529-1546

MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS. Estudios sobre Derecho de Contratos, integración europea y codificación. Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005

MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS. El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía. La Ley, 5, 2002, p.1768

NAVAS NAVARRO, SUSANA. El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar. Reus, 2004

NUÑEZ LAGOS, RAFAEL. El enriquecimiento sin causa en el Derecho español. Reus, 1934

O'CALLAGHAN, XAVIER. El riesgo imprevisible y la revisión de los contratos. VLEX-215443

LANDO, OLE; y BEALE, HUGH. Principles of European Contract Law (PECL), Parts I and II. Kluwer Law International, The Hague, 2000. Edición española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Colegios Notariales de España.

LANDO, OLE; CLIVE, ERIC; PRÜM, ANDRÉ; ZIMMERMANN, REINHARD (eds) Principles of European Contract Law, Part III, 2003, The Hague, London, Boston, 2003. Edición española a cargo de: Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Colegios Notariales de España.

OLIVA RODRÍGUEZ, ANTONIO MANUEL. Panorama del derecho de obligaciones y contratos en Castán Tobeñas. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 594. Sept/Oct 1989, págs. 1439-1469.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER; y MARTÍNEZ VALENCOSO, LUZ M. La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus* (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura). Civitas-Thomson Reuters, 2013

PANIZA FULLANA, ANTONIA. Cambios económicos y sociales y cláusula *rebus sic stantibus*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil. Núm. 8/2012. Pamplona, 2012.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. Resolución por incumplimiento e indemnización. ADC (1989) vol. 42, IV, pp. 1143-1168

PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN. Los sistemas de uniformización del Derecho Europeo en materia de obligaciones y contratos. Comunicación en las XII Jornades de Dret Català a Tossa. Documenta universitaria 2003 p. 381. Puede consultarse en: <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/com/1/cpr.htm>

PERALES VISCASILLAS, M PILAR. La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas. Diario La Ley, 6725, 31 mayo 2007.

PÉREZ VELÁZQUEZ, JUAN PABLO. El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo. Dykinson, 2013

PUIG BRUTAU, JOSÉ. La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Editorial Bosch. 2ª edición con estudios introductorios, 2006.

PULIDO QUECEDO, MANUEL. El “buen Juez” Magnaud y la dación en pago necesaria. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 877/2014. Pamplona, 2014.

QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA. Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional. Aranzadi Civil, núm. 14/2003.

QUICIOS MOLINA, SUSANA. La ineficacia contractual, en R. Bercovitz (Dir) Tratado de Contratos, t. I, Tirant lo Blanch, 2009

QUIÑONES ESCÁMEZ, ANNA M. Hacia un Derecho contractual europeo. *InDret*. Julio 2008. www.indret.com

REDING, VIVIANE²⁹⁹. Por qué necesita Europa un Derecho contractual europeo opcional (Trad. De Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo) *InDret* 2/2011. www.indret.com.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M EUGENIA. El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales. *Diario La Ley*, 7331, 20 enero 2010.

RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ MIGUEL. Sobre la cláusula penal en el Código Civil. *ADC*. Vol. 46, núm. 2, pp. 511-587.

SALVADOR CODERCH, PABLO. Tratado de responsabilidad civil del fabricante. Thomson-Civitas, 2008.

SALVADOR CODERCH, PABLO. Un código civil de mínimos. *InDret* 267, Febrero 2005. www.indret.com.

SALVADOR CODERCH, PABLO. Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. *InDret*. Revista para el análisis del Derecho. Octubre 2009.

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA. La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea. *Anuario Derecho Civil*. Núm. LV-3, julio 2002. vLex-379612.

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)

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A (dir). Derecho privado europeo. Editorial Comares, 2002.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M PAZ. Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo. *RDP* 2003-6, noviembre 2003 VLEX 205952

²⁹⁹ Vicepresidenta de la Comisión Europea. Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía.

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO. Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea. Primera Ponencia en las XII Jornades del Dret Català a Tossa, Documenta Universitaria, 2003, p. 47.

SANTOS, CARLOS, DE LOS, y MARTÍN GÓMEZ, EDUARDO. *Rebus sic stantibus*: una figura antigua de plena actualidad. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 872/2013. Pamplona, 2013.

SANTOS BRIZ, JAIME. Comentarios a los artículos 1152 a 1155 del Código Civil, en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.). Comentario al Código Civil, t. 6, Bosch Editor, Barcelona (2000)

SANZ VIOLA, ANA MARÍA. La cláusula penal en el Código Civil. Bosch Editor, Barcelona, 1994

SCHULZE, REINER, ZIMMERMANN, REINHARD. Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación. Estudio preliminar y anotaciones de ESTHER ARROYO I AMAYUELAS. Marcial Pons, 2002

SOLA PASCUAL, ASUN. El comprador no puede rescindir el contrato de compraventa de un inmueble alegando que no puede obtener el préstamo hipotecario. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2013, Pamplona 2013.

TERRAZA MARTORELL, JUAN. Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Bosch, 1951.

VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO. La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la UE, lastrado por la protección al consumidor. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2013). Vol. 5 nº 1, pp. 199-216

VAN CAENEGEM, R.C. Pasado y futuro del Derecho Europeo. Trad. L. DÍEZ-PICAZO. Edit. Thomson, 2003.

VAQUER ALOY, ANTONI. La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo. La Ley, 2002-3, D-119.

VAQUER ALOY, ANTONI; CUCURULL SERRA, NURIA. ¿Solvencia recuperada en buen momento? *InDret*, Barcelona, febrero 2005, nº 274 – www.indret.com

VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILA, E; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M P. Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomos I y II. Atelier, 2012.

VAQUER ALOY, ANTONI. El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española. Revista de Derecho Patrimonial, 2/1999.

VATTIER FUENZALIDA, CARLOS (dir) Código Europeo de Contratos I y II. Universidad de Burgos. Dykinson, 2003

VENDRELL CERVANTES, CARLOS. *The application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*. ZEuP, núm. 3, 2008, p. 534

VIVAS TESÓN, INMACULADA. La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2010. Pamplona, 2010.

WATTIER, CARLOS; DE LA CUESTA, JOSÉ M^a y CABALLERO, JOSÉ M^a (Dir.) Código Europeo de Contratos – Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), I y II Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. Dykinson, 2003

WATSON, ALAN. *Legal transplants and European Private Law*. ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, December 2000. Puede consultarse en: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html> y en <http://www.ejcl.org/44/art44-2.html>

ZIMMERMANN, REINHARD. El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado. Trad. Esther Arroyo i Amayuelas. Bosch, 2008.

ZURILLA CARIÑANA, M ÁNGELES. Resolución de contratos por imposibilidad de obtener crédito, paro, caída de precios, recortes presupuestarios y ejecución del contrato, ¿eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus*? Revista CESCO de Derecho de consumo núm. 7/2013, págs. 218-227. www.revista.ucim.es/index.php/cesco
