

Las nuevas bases de la responsabilidad contractual (*)

FERNANDO PANTALEÓN
Universidad Carlos III de Madrid

1. Aunque el título de la ponencia que se me ha asignado es «*Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*», espero no contrariar los deseos de los organizadores por haberla extendido a todos los remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento. Frente al incumplimiento *contractual* más exáctamente, porque advierto ya que las reflexiones que siguen se contraen al incumplimiento de las obligaciones y deberes que tienen su fuente en los contratos, desde mi íntima convicción de que, en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado. Pensemos en una norma como la del inciso primero del artículo 1107.I CC («Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de *constituirse la obligación*»): o bien se la considera exclusivamente aplicable a la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato, que es lo congruente con sus antecedentes históricos y su *ratio*, o aparece como una norma injustificable, salvo etéreas apelaciones a la equidad para con los «incumplidores no dolosos», que han inducido a algunos a defender su aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en sentido estricto, hasta confundirla de forma manifiestamente errónea con el criterio de la causalidad adecuada (1). No podrá extrañarnos, en-

(*) Se trata, con algunas modificaciones, de la ponencia presentada por el autor al *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza 15-18 de noviembre de 1993.

Los profesores Caffarena, Morales, Paz-Ares, Rojo Ajuria y Salvador leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias, a las que ninguno de los errores que pueden permanecer en el texto puede ser justamente imputado.

(1) El «Comentario del artículo 1.107 del Código Civil» realizado por M. YZQUIERDO TOLSADA para los *Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I. Barcelona 1992, pp. 843-868, constituye un acabado compendio de los errores interpretativos indicados, por lo demás frecuentes en la doctrina fran-

tonces, que un precepto semejante no aparezca en el Código Civil alemán, donde la idea de una teoría de las obligaciones verdaderamente general se tomó verdaderamente en serio (2); y que lo mismo quepa predicar de los Códigos más recientes que, como el portugués o el holandés, han seguido fielmente al BGB a dicho respecto, con una disciplina aplicable a toda obligación indemnizatoria, cualquiera que sea su fuente. Mientras que sí aparece en los artículos 82 y 86 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías [en lo que sigue, LUV], en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CNUV], en el artículo 7.4.4 de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT [PCCI] (3), y en el artículo 4.503 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos [PDEC] (4): contra las premisas de una teoría general de las obligaciones, el criterio de la limitación de la responsabilidad del deudor a los daños previsibles al tiempo de contratar se ha consolidado como una regla de lo que podríamos denominar «Derecho común» del incumplimiento contractual.

2. La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de *una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual*: de un conjunto de remedios o medios de tu-

cesa o italiana tradicional. Mis opiniones al respecto en F. PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», ADC 1991, pp. 1025-1032.

(2) La diferencia esencial con la regla del inciso primero del § 254.II BGB se ha señalado ya en otra sede (PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1028-1029), aunque con frecuencia puedan conducir al mismo resultado; *cf.* D. KÖNING, «Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung (zu Art. 82, 86, 87 EKG)», en H. LESER/W. VON MARSCHALL, *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer*, Karlsruhe 1973, pp. 94-97; H.-J. MERTENS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., II, Stuttgart-Berlin-Colonia 1990, § 254, Rz 63-64.

(3) La última redacción de estos *Principles for International Commercial Contracts (Draft text and comment)* se halla en el documento UNIDROIT 1993, Study L-Doc. 52, Roma, mayo 1993, por el que se citará en lo que sigue. La duodécima versión (1992), ya muy semejante a aquélla, puede encontrarse en 40 *Am. J. Comp. L.* 703-728 (1992). Las páginas 671 a 675 del mismo número contienen varios trabajos explicativos del sentido y líneas maestras de dichos *Principles*: M. J. BONELL («Unification of Law by Non Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts»), U. DROBNIG («Substantive Validity»), M. FONTAINE («Content and Performance»), D. MASKOW («Hardship and Force Majeure»), M. P. FURMSTON («Breach of Contract»), y D. TALLON («Damages, Exemption Clauses, and Penalties»).

(4) El profesor P. Salvador Coderch, miembro de dicha *Commission on European Contract Law*, ha tenido la amabilidad de proporcionarme, para la redacción de esta Ponencia, la versión de mayo-junio de 1992 de la Parte 1, «*Performance and Non-performance of Contracts*» de los citados *Principles of European Contract Law*. Conste mi más profundo agradecimiento. Sobre el sentido de dichos Principios, O. LANDO, «Principles of European Contract Law: An alternative to or a Precursor of European Legislation?», 40 *Am. J. Comp. L.* 573-585 (1992).

tela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u *originaria*, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste *la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida* del inmueble vendido, y los llamados «vicios ruínógenos» en el contrato de obra. Ello requerirá modificaciones de bastante entidad en nuestro Código Civil; pero la mayoría, para «legalizar» lo que son ya muy reiteradas líneas jurisprudenciales, y las restantes, claramente justificables. Veámoslo, no sin señalar que en la posición que aquí se defiende se han situado el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (5) —no pudiendo olvidarse que el Convenio de las Naciones Unidas es ya Derecho vigente en España— y el Nuevo Código Civil holandés [en lo que sigue, NBW; art. 296 del libro 3; arts. 74, 262, 263 y 265 del Libro 6; arts. 9, 15, 17 y 20-23 del Libro 7]; y en ella se sitúan también los Principios de UNIDROIT (arts. 3.3, 7.1.1, 7.2.3, 7.3.1 y 7.4.1 PCCI) y de la Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos (art. 3.101 PCDE), así como el Informe Final de la Comisión para la Revisión del Derecho de Obligaciones alemán (6).

a) Como demuestra claramente el artículo 1.529.I CC—no es nulo el contrato de cesión de un crédito inexistente—, ni la norma del artículo 1.460.I CC ni, en general, una lectura del número 2.º artículo 1.261 CC en el sentido de la nulidad de pleno derecho de los contratos sobre prestaciones originariamente imposibles, son exigencias ineludibles de la razón jurídica. Antes bien, una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad. Y la solución de la nulidad del contrato imposibilita lo primero, e impele a restringir la responsabilidad por daños a la medida del interés contrac-

(5) Lo ha subrayado reiteradamente, proponiendo su imitación por el Derecho alemán, U. HUBER, «Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht», en *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübinga 1978, pp. 837 y ss.; «Leistungstörungen», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Colonia 1981, pp. 647, 751 y ss.; y en *von Caemmerer/Schlechtriem Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich 1990, Art. 45 CISG, Rn. 8-9 [en lo que sigue, se citará este Comentario como en él se indica].

(6) Publicado bajo ese mismo título: *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Colonia 1992, pp. 29-32, y *passim*. En lo que sigue, los párrafos propuestos por la Comisión se citan como en el propio Informe: por su número proyectado, seguido de las letras BGB-KE.

tual negativo (7). En fin, respecto de la imposibilidad originaria relativa nuestra más autorizada doctrina ha mantenido que «la tesis de la equiparación entre la responsabilidad por imposibilidad relativa originaria y por imposibilidad sobrevenida, recogida en algunos de los preceptos legales, sobre todo los que regulan supuestos de evicción, parece la que pondera mejor el conjunto de intereses en juego» (8).

b) El hecho de que, frente al resultado más probable que arrojan los antecedentes históricos y los datos normativos, haya alcanzado no poco predicamento doctrinal y jurisprudencial entre nosotros la tesis de que, por virtud del contrato de compraventa —al menos, del socialmente típico, interpretado integradoramente en atención a los usos del tráfico (v. art. 1.258 CC)—, el vendedor queda obligado a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida (9), no se explica sólo por la evidente desaparición de las razones que justificaron la contraria solución romana, sino sobre todo por lo jurídicamente razonable que parece que el comprador de cosa ajena tenga de inmediato a su disposición los remedios generales frente al incumplimiento: en especial, la resolución del contrato; pero también, la *exceptio non adimpleti contractus* y la pretensión de cumplimiento. Además, lo dispuesto en el artículo 1.478 CC no parece

(7) La mejor doctrina no ha dudado de que el Derecho uniforme sobre compraventa excluye la sanción de la nulidad del contrato en los supuestos de imposibilidad originaria de la prestación: H. STOLL, en *Dölle Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Munich 1976, Art. 74 EKG, Rdnr. 51-52 [en lo que sigue este Comentario se citará como en él se indica]; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena 1986, p. 33; SCHLECHTRIEM/HERBER, Art. 4 CISG, Rn. 13, SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn 7; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 21; en contra TALLON, en C. M. BIANCA/M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán 1987, Art. 79, § 2.4.3, con evidente error. Cfr. también el *Abschlussbericht...*, cit., pp. 145-146. Y el tenor artículo 3.3 PCCI es rotundo:

(1) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.*

(2) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.*

Entre nosotros ha sostenido A. CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Edersa, XV-1, Madrid 1989, pp. 431-432, que la nulidad por imposibilidad originaria de la prestación es compatible con la indemnización de todo el interés de cumplimiento. Véase en cambio M. P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid 1991, pp. 190-192.

(8) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4.^a ed., Madrid 1993, p. 208.

(9) Cfr. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.^a ed., Madrid 1989, pp. 284-285; y también J. L. LACRUZ/F. RIVERO, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.^a ed., Barcelona 1986, pp. 13-15. Pero comp. A. LÓPEZ LÓPEZ y A. M. MORALES MORENO, en *Comentario del Código Civil M. Justicia*, II, Madrid 1991, pp. 887 y 934, siguiendo a M. ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», RGLJ 1947, pp. 409 y ss. y en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona 1955, pp. 141 y ss.

digno de ser mantenido. ¿O es acaso razonable que el comprador pueda exigir del vendedor el valor de la cosa al tiempo de la evicción y sus frutos o rendimientos (indemnización en la medida del interés contractual positivo; nótese bien, incluso cuando la ignorancia por parte del vendedor de la ajenidad de la cosa obedezca a circunstancias que en modo alguno puedan serle imputadas), y conjuntamente los gastos del contrato? (10). No tengo dudas, en fin, de que nadie entre nosotros lamentará la supresión del artículo 1.483 CC y la aplicación al supuesto en él descrito de las reglas generales (11); que, por cierto, no pienso que tengan que ir en el sentido de que la inscripción de la carga en el Registro de la Propiedad exonera en todo caso al vendedor.

c) Es bien sabido que nuestra jurisprudencia ha dejado sin campo de juego el régimen del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, toda vez que ha mantenido la aplicación en dicha hipótesis de las normas sobre el incumplimiento contractual: bien sosteniendo sin empacho la plena compatibilidad de los remedios edilicios con los generales por incumplimiento; bien utilizando la más técnica pero inaprensible distinción entre vicio oculto y *aliud pro alio* sistemáticamente a favor del segundo de los términos de la alternativa (12). Los resultados a que conduce esa jurisprudencia, con seguridad objetable de *lege lata*, tienen muy buen sentido. Es absolutamente irrazonable no conceder al comprador de cosa con vicios la pretensión de cumplimiento: de reparación del defecto o de entrega de otro objeto de iguales características (véase ya arts. 11.3 LGDCU y 46.2-3 CNUV). Nada más lógico que la absorción de la actual redhibitoria por la resolución por incumplimiento, una vez bien sentado que no es condición de esta

(10) La solución italiana de la —más aparente que real— «duplicidad de remedios» (v. arts. 1478-1480, 1483-1488 CC italiano) no parece digna de ser importada. Otra discusión es si el conocimiento de la ajenidad de la cosa ha de exonerar o no en todo caso al vendedor: v. por ejemplo, el inciso primero del artículo 41 CNUV (SCHLECHTRIEM/I. SCHWENZER, Art. 41 CISG, Rn. 17-18) y el § 442 BGB-KE (*Abschlußbericht...*, *cit.*, p. 226).

(11) Tal supresión resulta especialmente urgente, ya que se ha hecho dominante la tesis de que el precepto sólo es aplicable, o al menos también lo es, cuando la carga no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad al tiempo de la venta (referencias en I. DÍAZ DE LEZCANO, «Saneamiento por gravámenes ocultos. Análisis del artículo 1.483 del Código Civil», ADC 1993, pp. 137-144); siendo a mi juicio claro, como enseñó R. DE ANGEL, «Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código Civil», RCDI 1971, pp. 1345 y ss., que precisamente que la carga estuviera inscrita al tiempo de la venta, y pese a ello no fuese (ni aparente ni) conocida por el comprador, es la única posible justificación de la breve duración de los remedios que el precepto en cuestión concede al comprador. En igual sentido DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, *cit.*, pp. 301-303.

(12) *Cfr.* por todos, MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», ADC 1982, pp. 672-680; CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, *cit.*, p. 396; y últimamente, L. PRATS, «La entrega de cosa diversa de la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». RGD 573 (1992), pp. 5081 y ss.

última la imputabilidad del incumplimiento al deudor (13). La reducción del precio (la vieja acción estimatoria o *quanti minoris*) puede generalizarse, con las dudas en cuanto a sus límites que más adelante se exponen, como medio de tutela del acreedor frente al cumplimiento defectuoso, incluido el parcial, también independiente de la imputabilidad del incumplimiento al deudor. No es nada razonable que en los casos que nos ocupan la plena responsabilidad contractual del vendedor sólo entre en juego en el supuesto de conocimiento por su parte de los vicios o defectos ocultos (cfr. arts. 1.486.II y 1.488.II CC), y nuestra mejor doctrina ha hecho serios esfuerzos para evitarlo (14). Por lo demás, resultaría sensato disponer, como luego se reiterará, que en caso de resolución del contrato por incumplimiento debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aun cuando la ignorancia de la misma no sea imputable al deudor, el acreedor podrá exigir de éste el abono de los gastos del contrato que haya satisfecho (15).

d) Esto último valdría también para la resolución por defectos de cabida o de calidad de inmuebles (16). Que no hay por qué conceder sólo ni siempre por diferencias de más del diez por ciento: nada perdería nuestro derecho con la supresión de los artículos 1.469 y 1.471.II CC (17), pues,

(13) Además, de este modo no la tendría a su disposición el comprador cualquiera que fuese la entidad del vicio oculto, mientras que ahora, según la opinión dominante, aquél puede optar libremente entre la redhibitoria y la estimatoria: MORALES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 961.

(14) MORALES, ADC 1982, pp. 628 y ss. Conviene, además, terminar con el riesgo de que el inciso final del artículo 1.486.II CC haga creer que el no contemplar juntas la acción *quanti minoris* y la indemnizatoria obedece a alguna oscura razón de incompatibilidad (así, M. R. LLACER, «El dolo en el saneamiento por vicios ocultos», ADC 1992, pp. 1517-1518), cuando no se le puede sensatamente atribuir otro sentido que el de la inutilidad práctica del ejercicio conjunto de ambos remedios (MORALES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 961; los comentaristas del Derecho uniforme de venta no tienen dudas sobre tal compatibilidad teórica: cfr. DÖLLE/H. STUMPF, Art. 46 EKG, Rdnr. 5; M. WILL, en BIANCA/BONELL, *Commentary...*, *cit.*, Art. 50, § 2.2; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 50 CISG, Rn. 20).

(15) No sólo en los casos de vicios de la cosa, fácticos (v. arts. 1.486.I y 1.487 CC) o jurídicos, sino en todos los supuestos de imposibilidad originaria, absoluta o relativa, total o parcial, de la prestación: por ejemplo los que hoy contempla el artículo 1.460 CC.

(16) Véanse, para los defectos de cabida, los artículos 1.621 CC francés y 1.539 CC italiano. Sobre el párrafo tercero del artículo 1.469 afirma GARCÍA GOYENA que se tomó directamente del Derecho romano. Y probablemente se explica desde la convicción de aquél de que las normas del saneamiento por vicios ocultos del Proyecto de 1851 sólo eran aplicables a las compraventas de bienes muebles (véase su glosa al art. 1.406). Una tesis que, por cierto, me sorprende que no haya tenido mayor éxito en la interpretación del vigente Código Civil.

(17) El artículo 1.470 CC contempla un caso de «error común» a ambas partes, para el que con notable acierto se prevén los remedios propios de la desaparición de la base o causa (aquí, subjetiva) del negocio: el reajuste del contrato —elevación proporcional del precio—, y cuando ello no sea exigible a una de las partes —cuando tal elevación sea superior al 5%—, la resolución del contrato. Aunque la letra del artículo parece indicar lo contrario, quien en realidad «podrá desistir del contrato» es el vendedor (que también podrá no hacerlo y conformarse con una subida de sólo el 5%) en caso de no aceptar el comprador la mayor elevación del precio.

con toda seguridad, únicamente porque no se le ha solicitado con frecuencia su aplicación no ha sentido nuestro Tribunal Supremo la necesidad de afirmar su compatibilidad con las normas generales sobre incumplimiento contractual. O incluso, como ha declarado la jurisprudencia en materia de vicios ocultos, con las reglas sobre el error (18). Jurisprudencia ésta que, dicho sea de paso, induce a predicar la incorporación a nuestro Código Civil de un precepto tan razonable como el que prevé el artículo 3.7 PCCI: «*A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which he relies afford, or could have afforded, it a remedy for non-performance*» (19). Con acierto no se prevé lo mismo para la anulación por dolo (art. 3.8 PCCI).

e) Nuestro Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el remedio indemnizatorio previsto en el artículo 1.591 CC es compatible con los remedios generales frente al incumplimiento, incluidos la pretensión de cumplimiento *in natura* —la reparación o correcta reconstrucción de la obra— y la resolución del contrato con base en el

Se preguntará algún lector porqué no he escrito lo mismo para los defectos de cabida que regula el artículo 1.469.I. La razón es simple, aunque nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes parezcan no haber reparado en ella; para dichos defectos de cabida, el legislador otorga indudablemente al comprador el derecho de reclamar al vendedor la cabida expresada en el contrato («tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato»; comp. art. 1.537.I CC italiano). Parece claro, así, que nuestro legislador no trata el supuesto como uno de error, sino de verdadero incumplimiento. Cabría sostener que, desde las concepciones del Código Civil, ello significa parificar equivocadamente la venta específica de inmueble a razón de un precio por unidad de medida y la venta genérica de determinado número de unidades de medida de cierta tierra. Pero lo cierto es que el resultado es de gran modernidad: se otorga la pretensión de corrección de lo que, atendida la voluntad contractual, puede ser considerado un vicio o defecto fáctico del inmueble vendido.

En cualquier caso, lo mejor es eliminar los artículos 1.469 a 1.472 CC (exceptuado, si se quiere, el párrafo primero del art. 1.471, a la supresión de cuyo malhadado párrafo segundo creo que nadie se opondrá); con lo que los defectos de cabida (como los de calidad) serán tratados como cumplimientos defectuosos sujetos a disciplina general sobre incumplimiento contractual. E incorporar a nuestro Derecho una nueva norma sobre la desaparición de la base del contrato [(v. *infra*, 4.c)] que contemple la falsa representación o error común sobre ella (*cf.* § 306.II BGB-KE; y *Abschlussbericht...*, *cit.*, pp. 146-152), en la que encajaría el supuesto de hoy artículo 1.470 CC.

(18) Sobre este tema, por todos, MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC 1980, pp. 671-678.

(19) Es mayoritaria la tesis de que la disciplina sobre responsabilidad por los vicios o defectos de las mercaderías en el Derecho uniforme sobre la compraventa internacional excluye el juego de las normas nacionales que permiten la anulabilidad de la venta por error en las cualidades de la cosa: SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales...*, *cit.*, pp. 33 y 75; SCHLECHTRIEM/HERBER, Art. 4 CISG, Rn. 13; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 41 CISG, Rn. 23, Art. 42 CISG Rn. 27; SCHELECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 85-86; J. O. HONNOLD, *Uniform law for International Sales under the 1980 UN Convention*, 2.^a ed., Deventer-Boston 1991, §§ 238-240 y 266.1. La opinión contraria es defendida por los juristas austríacos, en cuyo Derecho interno, a diferencia de en el alemán, se admite generalmente la compatibilidad: v. por todos, R. LESSIAK, «UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen und Irrtumsanfechtung», *östJurBl* 1989, pp. 487 y ss.

artículo 1.124 CC, no sometidos al plazo decenal de garantía (20). La propuesta doctrinal de restringir, tras la recepción de la obra, el juego de los preceptos generales sobre incumplimiento a los «vicios no determinantes de ruina» (21), además de no compadecerse con dicha jurisprudencia, comporta una flagrante contradicción de valoración: reservar el plazo decenal, que se entiende establecido en beneficio del contratista (22), precisamente para los vicios de construcción más graves, frente a los que, además, no cabría ni la pretensión de cumplimiento ni la resolución por incumplimiento. ¿Cambiaría, entonces, algo a peor en nuestro Derecho si el artículo 1.591 CC desapareciese? (23). Si en un futuro se estableciese un plazo de prescripción razonablemente breve, por ejemplo de tres años, bien (como yo considero más atinado) para cualquier acción cuya fuente sea un contrato, bien para las acciones derivadas de cumplimiento defectuoso, tendría buen sentido instaurar un plazo de prescripción más largo, por ejemplo de cinco o incluso diez años, para los defectos de construcción de los edificios en beneficio de los dueños de éstos (v. § 195 BGB-KE); pero no reiterar una norma cuya letra, como la del hoy artículo 1.591 CC, parezca excluir remedios como la pretensión de cumplimiento, la resolución por incumplimiento, la reducción del precio o la *exceptio non (rite) adimpleti contractus*. Y aunque se dejase muy claro que no los excluye (v. arts. 1.669 CC italiano y 1.255 CC portugués), ¿qué justificaría limitar al remedio de la responsabilidad por daños al régimen más favorable que, en materia de prescripción, se quiere para el comitente de edificio?

Las reformas propuestas hasta aquí no requieren adoptar un nuevo concepto de incumplimiento. Exigen muy poco más que desechar los prejuicios «naturalistas» y logicistas que alientan tras preceptos como el artículo 1.460.I CC, y reconocer legalmente que el programa típico-económico de prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, de las adecuadas al uso a

(20) Referencias en P. SALVADOR CODERCH, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, pp. 1191-1193.

(21) Defendida, por ejemplo, por A. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, Madrid 1990, p. 353.

(22) A diferencia de lo que resulta de la interpretación sugerida por MORALES, ADC 1982, p. 681; pero véase, por todos, R. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. Barcelona 1990, pp. 132-136.

(23) Resulta evidente que la labor jurisprudencial de extensión de las legitimaciones activa y pasiva y de establecimiento de la solidaridad de las responsabilidades no descansa en la letra del artículo que nos ocupa (ni en una calificación como «extracontractual» de la responsabilidad que prevé). Y no es dudoso que mejoraría el artículo 1.909 CC, cuya patente injusticia (¿nadie responderá del daño sufrido por tercero a consecuencia de ruina acaecida por defecto de construcción después de los diez años del art. 1.591 CC?) trató ya de paliar J. CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid 1976, pp. 108-109.

que normalmente se destina (v. arts. 30, 35 y 41 CNUV, insistimos, Derecho vigente en España).

3. Los medios de tutela frente al incumplimiento de que, a mi juicio, ha de disponer el acreedor pueden clasificarse así:

a) *Pretensión de cumplimiento*, incluyéndose la *reparación de los vicios o defectos* o la *sustitución del objeto*, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa [v. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 CC, 924.I y 926 LEC, 11.3 LGDCU (24), 46 y 62 CNUV, así como jurisprudencia sobre reparación de defectos de construcción].

b) Remedios sinalagmáticos: *resolución del contrato* (entre muchos, cfr. arts. 1.124, 1.486-1.489, 1.504 y 1.505 CC, y 26, 45, 49, 61, 64, 75, 76 y 81-84 CNUV), *reducción del precio* (cfr. arts. 1.486 CC y 50 CNUV), y *exceptio inadimpleti contractus* (cfr. arts. 1.466 CC y 58.1 CNUV). Puede añadirse la resolución anticipada del contrato [cfr. arts. 1.503 CC (25) y 72 CNUV] y la que podríamos llamar «excepción de riesgo de incumplimiento» (cfr. arts. 1.467 CC y 71 CNUV).

c) Remedios indemnizatorios: en los que cabría diferenciar la *responsabilidad contractual* en sentido estricto, condicionada a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor (cfr. arts. 1.101-1.108 CC y 45, 61, 74-77 y 79 CNUV) y la *indemnización de los gastos del contrato* satisfechos por el contratante que resuelve por el incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 1.486.I y 1.487 CC) (26).

(24) Véase, por todos, G. GARCÍA CANTERO, en R. BERCOVITZ/J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992, pp. 355, 381 y ss., y allí otras referencias.

(25) En la interpretación que lo entiende aplicable a las compraventas con precio aplazado, frente a la de que tan sólo establece una excepción a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1.124 (por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, *cit.*, p. 310; J. A. MARTÍNEZ SANCHIZ, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 984). Que tiene un nítido apoyo en la letra del precepto, que dispone que el vendedor «podrá promover inmediatamente la resolución de la venta», y no que «podrá promover la resolución inmediata o de pleno derecho de la venta» (comp. art. 1.432 Proyecto 1851).

(26) Se hubiera añadido el número 4.^o del artículo 1.478 CC, si no fuera porque nuestro Código no configurara el saneamiento por evicción como una resolución de contrato (cfr. art. 1.483 en relación con el art. 1.479 CC italiano) sino como un híbrido incomprensible.

¿No sería sensato extender la indemnización a los gastos necesarios y útiles realizados por el contratante que resuelve en el bien que tiene que restituir (v. art. 1479.III CC italiano)? No, en mi opinión: cuestión distinta y general para toda resolución de contrato es la de su posible cómputo, y en qué medida, en el debe del otro contratante en la liquidación contractual que la resolución comporta [v. *infra*, 5.d)].

Una vez asumida la aplicación en los casos de vicios de la cosa de las reglas generales sobre responsabilidad contractual, y que, como se verá, los criterios de imputación de responsabilidad al deudor no se limitan al dolo y la negligencia, en especial para el vendedor-fabricante (v. ya PANTALEÓN, ADC 1991, p. 1.071), no hay razón para llevar la «indemnización de gastos» a otra partida que la contemplada por los antecedentes históricos: los gastos del contrato pagados por el comprador, como algo para él «económicamente equiparable» al precio (MORALES, ADC 1982, pp. 613-624; y en *Comentario del Código*

d) *Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado* obtenido por el deudor a costa del acreedor (cfr. arts. 1.186, 1.683 1.777 y 1.778 CC, y 136.II, 138, 288.II y 613 CCom).

4. Por lo que respecta a la *pretensión de cumplimiento*:

a) Procede seguir reconociendo esta pretensión al acreedor sin otros límites —junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; cfr. § 275 BGB-KE) de la prestación— que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.º CC), sobre los que nos detendremos enseguida. La solución del *common law* —no conceder al acreedor la *specific performance*, que sólo procede, en principio de forma excepcional, como remedio *in equity* (27)— no merece ser seguida entre nosotros: responde a una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo (28). En los artículos 7.2.1, 7.2.2 y 7.2.3 PCCI y 4.101 y 4.102 PDCE parece ser regla general la del *civil law*; pero la excepción prevista en la letra (a) del artículo 4.101(2) PDEC [acreedor de dinero que, no habiendo realizado aún la prestación que le incumbe y que la otra parte ya no desea, puede concluir un razona-

Civil..., II. *cit.*, pp. 960-961; LLACER, ADC 1992, pp. 1527-1531). Bien podría defenderse incluso la eliminación de dicha indemnización [que no contemplan ni el Derecho uniforme de compraventa, ni el NBW; aunque sí los §§ 439.(3) y 637.(3) BGB-KE], que aquí hemos propuesto conservar por respeto a una tradición que no carece de sentido económico, y extenderla a otros casos valorativamente equivalentes.

Es obvio que la admisión de dicha indemnización de gastos presupone negar, pues de otro modo sería superflua, que deba entenderse que todo contratante asume siempre la garantía de su posibilidad originaria de cumplir, por lo que nunca podrá exonerarle de su ordinaria responsabilidad contractual una circunstancia ya existente al tiempo de contratar. Sobre la cuestión en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, por todos, DÖLLE/STOLL, Art. 74 EKG, Rdnr. 50; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 20; y en el Derecho alemán para la *anfängliches Unvermögen*, SOERGEL-M. WOLF, § 306, Rz. 26; V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.ª ed., Munich 1991, § 4.II.2.c).

(27) Cfr. por todos, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 8.ª ed., Londres 1991, pp. 895 y ss., 902 y ss. En el *Uniform Commercial Code*, J. J. WHITE/R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3.ª ed., St. Paul Minn. 1988, §§ 6.6, 7.2-7.5. En el Derecho uniforme sobre compraventa internacional, la regla del reconocimiento al acreedor de la pretensión de cumplimiento ha tenido que combinarse con excepciones como las previstas en los artículos 16, 25 y 61.II LUV (DÖLLE/G. REINHART, Art. 16 EKG, Rdnr. 1 y ss.; DÖLLE/HUBER, Art. 25 Rdnr. 1 y ss., DÖLLE/VON CAEMMERER, Art. 61 EKG, Rdnr. 1 y ss.), y 28 CNUV (LANDO, en BIANCA/BONELL *Commentary...*, *cit.*, pp. 232 y ss., SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 28 CISG, Rn. 1 y ss., HONNOLD, *Uniform Law...*, *cit.*, §§ 195 y ss.).

(28) «*The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law make the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses*» (O. W. HOLMES, *The Common Law* [1881, reed. 1963], p. 236).

ble negocio de cobertura sin esfuerzo o gasto significativo (29)], y la que se contempla en la letra (c) del artículo 7.2.2 PCCI y la letra (d) del artículo 4.102(2) PDEC [acreedor que razonablemente puede obtener de otra fuente un bien como el objeto de la prestación prometida por el deudor (30)] son claramente incompatibles con la concepción continental del contrato (31).

b) Ha de continuar siendo un remedio *independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor* (32) y la causación o no de daño al acreedor. La primera idea se ve oscurecida en los apartados 4 del artículo 7.1.7 PCCI y 2 del artículo 3.101 PDEC, a tenor de los cuales todos aquellos impedimentos que exoneran de responsabilidad contractual al deudor excluyen la pretensión de cumplimiento del acreedor. Cometiendo un error que se evitó, por fortuna, en el apartado 5 del artículo 79 (CNUV (33): no es razonable que únicamente la imposibilidad absoluta pueda liberar al deudor de responsabilidad; o no lo es que la pretensión de cumplimiento se extinga, siempre e *ipso facto*, por la imposibilidad relativa, la inexigibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación (cuestión diferente es que el deudor pueda oponer, en

(29) inspirada en el artículo 61.II LUV; compárese con el artículo 62 CNUV, sobre el cual, SCHLECHTRIEM/G. HAGER, Art. 62 CISG, Rn. 1 y ss. La excepción de la letra (b), que las circunstancias hagan irrazonable que el acreedor de dinero continúe cumpliendo su prestación a cargo del deudor que ya no la quiere, está claramente conectada con el problema tratado en SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 28 CISG, Rn. 14-15; SCHLECHTRIEM/HAGER, Art. 62 CISG, Rn. 14; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 77 CISG, Rn. 8-9; HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., § 419-3; problema éste, que en nuestro Derecho interno cabrá resolver con el artículo 1.594 CC.

(30) Característica del *common law* e incorporada al artículo 25 LUV, pero no al artículo 46 CNUV; *cfr.* SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 1 y ss., HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., §§ 280 y ss.

(31) No es éste el momento oportuno para ocuparse de la carencia en nuestro Derecho de los instrumentos procesales necesarios para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer (suficiente información en F. CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Fund. Univ. de Jerez, pp. 117 y ss., 251 y ss.). Pero sí para transcribir el artículo 7.2.4 PCCI: (1) *Where the court orders a defaulting party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if he does not comply with the order.* (2) *The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.*

(32) En contra, F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia 1987, pp. 263-265.

(33) Véanse las distintas lecturas al respecto en SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law...*, cit., pp. 102-103, LANDO, en BIANCA/BONELLI, *Commentary...*, cit., Art. 28, § 2.2; TALLON, en BIANCA/BONELLI, *Commentary...*, cit., Art. 79, §§ 2.9-2.10.4, quien una vez más demuestra una absoluta incomprensión del sistema, a la que parece que debe ser imputada la solución de los Principios de Derecho Europeo; HUBER, «Die Rechtsbehelfe der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragsaufhebung und ihre Folgen nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB», en P. SCHLECHTRIEM (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 204-207; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 79 CISG, Rn. 16-17 y Art. 46 CISG Rn. 33-38; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 58-60 (que mantiene la posición a mi juicio más acertada); HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., § 435.5; MASKOW, 40 *Am. J. Comp. L.*, 664-665 (1992).

su caso, la excepción de modificación o de resolución del contrato por desaparición de la base del negocio), ni mucho menos, que dicha pretensión pueda verse afectada, por ejemplo, por la ignorancia por el deudor de su condición de tal o por un error suyo sobre la entidad de su deuda, que obedezcan a causas ajenas al ámbito de control del deudor o derechamente pertenecientes al ámbito de control del acreedor (34).

c) No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios (35). Pero parece existir cierto consenso [cfr. arts. 1.467 CC italiano, 258 Libro 6 NBW, 6.2.1-6.2.3 PCCI (36), 2.117 PDEC, § 306 BGB-KE (37)] sobre la conveniencia de una norma legal relativa a los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación, o con más precisión, de *desaparición de la base (causa) del contrato*. A mi juicio, el supuesto de hecho de dicha norma debería abarcar al menos los tres grupos de casos atinadamente identificados por la doctrina y jurisprudencia alemanas —excesiva dificultad de la prestación, destrucción de la relación de equivalencia, frustración del fin (38)—, y jerarquizar así la consecuencia jurídica: adaptación o reajuste del contrato (preferentemente, por negociación entre las partes, que estarían obligadas a realizarla de buena fe), cuando resulte razonablemente factible, y si no, resolución. En fin, sería oportuno extender la referida norma a los supuestos de error común sobre la base o causa del contrato, salvo que se esté dispuesto a modificar la disciplina del error en el sentido de flexi-

(34) Cuando se identifican de modo absoluto el «hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento» y el «hecho que extingue (o suspende) la obligación originaria» se termina, o llevando la responsabilidad contractual más allá de lo sensato, o excluyendo pretensiones de cumplimiento que pueden ser perfectamente satisfechas o ejecutadas. Esta es una de las objeciones que pueden hacerse entre nosotros a F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987 (ya así en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1044-1045). Que todavía resultaría más clara, si lo dispuesto en el artículo 1.778 CC (inexplicable desde la tesis criticada según demuestran los mismos seguidores italianos de Osti: JORDANO, *ibidem*, pp. 194-195) no fuese una excepción a un criterio general de imputación del «hecho propio» (en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1056-1057, he afirmado que sí lo es en nuestro Derecho, aunque aplicable analógicamente a todos los deudores a título gratuito). O si cuando menos —como creo razonable sostener aquí— hubiera que señalar al criterio del «hecho propio» el límite del error sobre la condición de deudor o la entidad de la deuda que obedezca a causas ajenas al ámbito de control del deudor (p. ej., una ley aparentemente válida, pero que acaba declarándose inconstitucional) o derechamente pertenecientes al ámbito de control de acreedor.

(35) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1046-1047; y las letras (b) de los artículos 7.2.2 PCCI y 4.2.2(2) PCDE.

(36) Sobre los cuales, MASKOW, 40 *Am. J. Comp. L.* 658-663 (1991).

(37) Sobre el cual, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 146 y ss.

(38) Por todos, H. HEINRICHS, *Palandt BGB*, 50.^a ed. Munich 1991, § 242, Rn. 110, 135 y ss. Y entre nosotros, Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.^a ed., Madrid 1993, pp. 871, 883-884.

bilizar su consecuencia jurídica, dando cabida a adaptaciones o reajustes de los contratos, que eviten su anulación (cfr. art. 3.13 PCCI).

d) La reparación de los defectos y la sustitución del objeto de la prestación deben preverse expresamente como modalidades de la pretensión de cumplimiento; pudiendo dejarse al deudor la elección entre ambas, o excluir la sustitución si el defecto tiene, a la luz de lo pactado, escasa entidad [v. art. 46.2-3 CNUV (39); art. 22 Libro 7 NBW y §§ 438 y 635 BGB-KE (40)].

e) El cumplimiento ha de seguir siendo en principio, frente a los remedios alternativos del acreedor, *también un derecho del deudor*, incluso del que incumple por causa a él imputable. Ello ha de quedar patente en la disciplina de la resolución y la reducción del precio, pero también en que el acreedor no pueda optar desde luego por exigir el valor de la prestación como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad contractual (41). Ahora bien, seguir dejando la solución de este problema al principio de que el acreedor ha de pretender el cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en él, puede ser en ocasiones excesivamente duro para el acreedor y, sobre todo, es insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad del tráfico. Sería oportuna una norma al respecto cuya idea directriz fuese que el acreedor dispondrá de aquella opción *una vez transcurrido sin éxito un plazo adecuado* para cumplir que fije al deudor, o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de cualquier fijación de plazo [v. art. 87 en relación con los arts. 82 y 83 Libro 6 NBW y § 283 BGB-KE (42)].

5. Por lo que respecta a la *resolución por incumplimiento* del contrato:

a) Debe configurarse —seguirse configurando, en la lectura del art. 1.124 CC mayoritaria entre nosotros (43)— como un remedio que *no opera de modo automático*, sino sólo mediante declaración recepticia [expresamente así, arts. 26 CNUV, 267.1 Libro 6 NBW y 7.3.2(1) PCCI; nada inclina hacia el sistema francés de resolución judicial], y que *no requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor*. Una resolución automática es rechazable, incluso en el caso de imposibilidad absoluta y permanente de la prestación no imputable al deudor, porque provoca incertidumbres sobre cuáles son en cada momento los derechos y deberes de los contratantes, y desconsidera

(39) Por todos, SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 47 y ss.

(40) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 209 y ss., 251 y ss.

(41) Cfr. por todos CAPILLA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 91 y ss., y allí otras referencias.

(42) Sobre el cual, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 132 y ss.

(43) LACRUZ/J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed., Barcelona 1985, pp. 271-273; V. MONTÉS PENEDÉS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, XV-1, pp. 1224-1225, y 1230 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 655-656, 705 y 715 y ss.

los casos en que el acreedor preferirá mantener el contrato y pretender el *commodum representationis* a cambio de la contraprestación que le incumbe (44): el apartado 4 del artículo 4.303 PDEC me parece un grave error (45). Pese al favor con que cuenta en la doctrina francesa (46) y haber sido acogida por el Derecho italiano (cfr. arts. 1.453 y 1.463 en relación con el art. 1.256 CC italiano), una estricta bipartición entre resolución del contrato, para los incumplimientos imputables al deudor, y teoría de los riesgos, para los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación absoluta y permanente (o temporal, si desaparecido ya el interés del acreedor en la prestación) no imputables al deudor, me parece gravemente errónea: que el incumplimiento no sea imputable a la otra parte no es razón suficiente para mantener indefinidamente vinculado a un contratante, y amortizado así el bien objeto de su prestación, a la espera de que la contraprestación debida deje de ser objetivamente posible o de tener utilidad para el acreedor (47). La imputabilidad al deudor de la falta de cumplimiento no es y debe seguir sin ser —insisto— elemento del supuesto de hecho

(44) En su caso, proporcionalmente reducida en atención al valor del *commodum* (arg. art. 1.460.II CC).

(45) Criticando el efecto de «extinción automática del contrato» que el *common law* atribuye a la *frustration*, señala con acierto TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 808, que ello puede conducir al paradójico resultado de que sea el contratante que no puede cumplir lo que incumbe el que solicite que se declare el contrato extinguido mientras el otro quiere mantenerlo. Y pone el ejemplo de un fletamento por tiempo en que el dueño del buque no puede cumplir por haber sido éste requisado por la Administración, cuando el justiprecio de la requisa es mayor que el flete convenido. En el Derecho alemán soluciona el problema el § 323.II BGB, aunque con alguna dificultad técnica: cfr. SOERGEL/H. WIEDEMANN, § 323, Rz. 46.

En PANTALEÓN, ADC 1991, p. 1048, realicé esta crítica a las tesis de JORDANO FRAGA, quien las reitera en *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Madrid 1992, p. 90, sin molestarse en explicarnos por qué el juego del artículo 1.186 CC tiene que restringirse al acreedor que no puede resolver (porque soporta el *periculum*). Acreedor éste que, en consecuencia, podrá llegar a estar mejor tratado que el que goza de la facultad de resolver por imposibilidad de la prestación que se le debe (dado que aún no soportaba el *periculum* o), incluso cuando esa imposibilidad haya sido provocada por un suceso imputable a la otra parte; lo que supone una incongruencia valorativa insoportable.

(46) Cfr. J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, París 1992, nn. 515 y ss.

(47) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1048-1049, frente a las italianas tesis de JORDANO FRAGA, que las reitera en *La resolución...*, cit., pp. 88-90, 175-176, contra la notoria confirmación jurisprudencial de resoluciones de contrato *ex* artículo 1.124 CC en casos de largos retrasos en el cumplimiento no imputables al deudor (o sin que se considere relevante que lo sean o no) y que no han llegado a convertir en imposible ni en inútil para el acreedor la prestación retrasada. Para el Derecho alemán, cfr. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., § 19.II, y allí otras referencias. Véase también HUBER, en SCHLECHTRIEM (ed.), *Einheitliches Kaufrecht...*, cit., pp. 217-218, y *Abschlußbericht...*, cit., p. 19.

de la resolución del contrato. Cuestión distinta es que ésta no procederá por la pérdida o deterioro fortuitos de la cosa debida posterior al momento de traspaso del riesgo al acreedor; momento que, para la compraventa civil, determina en nuestro Derecho el artículo 1.452 CC, que seguramente merece ser modificado (comp. arts. 66-70 CNUV).

b) El presupuesto de la resolución es un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, a tenor de la específica valoración contractual del concreto deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no pueda seguirse exigiendo a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir que continúe vinculada por el contrato. No obstante, una vez bien establecido que no todo incumplimiento justifica la resolución, una mayor certidumbre en las relaciones contractuales y el conceder a la parte incumplidora una nueva oportunidad de mantener el contrato que no dependa del arbitrio judicial aconsejan acoger en nuestro Derecho la regla de que la resolución sólo procederá por el *transcurso infructuoso de un plazo adecuado* señalado por el acreedor de tal modo que el incumplidor haya de contar con la resolución a su término; salvo que sea patente lo inútil de dicha fijación de plazo, o la obligación incumplida lo fuera a término esencial, o concurren otras razones excepcionales. El modelo a seguir es, a mi juicio, el § 323 BGB-KE (48) (v. también art. 265.2 en relación con arts. 82 y 83 Libro 6 NBW), preferible al mucho más complejo y riguroso sistema que forman los artículos 25, 47-49 y 63-64 CNUV, inspirador de los artículos 7.3.1, en relación con los 7.1.4 y 7.1.5, y 7.3.2(2) PCCI, y 4.301, en conexión con los 3.103, 3.104 y 3.106, y 4.303(2)-(3) PDEC. En mi criterio, la figura del *Nachfrist* es la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento. Y normas como las de los artículos 1.124.III, 1.504 y 1.505 CC deben, en mi opinión, desaparecer de nuestro Derecho: la primera responde a la concepción «judicial» francesa de la resolución; la segunda, porque estimo insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria; y la tercera, por su excesivo rigor para con el comprador, no justificable como regla de Derecho dispositivo (49).

(48) *Abschulßbericht...*, cit., pp. 162 y ss. Además, §§ 439, 637 BGB-KE (*ibídem*, pp. 214 y ss., 256 y ss.), donde se da acogida a la razonable idea —presente asimismo en el art. 11.3.b) LGDCU— de que no será precisa la fijación de plazo cuando se haya producido ya un intento fallido del deudor de corrección de la prestación defectuosa.

(49) Ya que me parece indudable que, salvo en condiciones generales de la contratación, las partes pueden configurar como les venga en gana el incumplimiento resolutorio. La notoria doctrina jurisprudencial que, en el ámbito de la compraventa de inmuebles, ha desactivado la eficacia del pacto contemplado en el artículo 1.504 CC recurriendo al artículo 1.124 CC como si, en cuanto a los requisitos del incumplimiento resolutorio, este precepto (su interpretación jurisprudencial) fuese Derecho imperativo, representa a mi juicio —insisto: excluidas las condiciones generales de la contratación— una intolerable restricción de la libertad contractual. Cuestiones diferentes son que el pacto sobre resolución de pleno derecho haya de ser adecuadamente

c) Debe quedar claro que la resolución *no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido*. Si se quiere seguir diciendo, como nuestra jurisprudencia, que la resolución tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sólo en el sentido de que, a excepción de los casos de relaciones duraderas, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas (50), mi prevención es meramente terminológica. Pero no puede quedar lugar a dudas sobre que la resolución no afecta, por ejemplo, a las estipulaciones contractuales relativas a solución de litigios, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución; ni sobre que la resolución por incumplimiento es compatible con la responsabilidad contractual del incumplidor imputable *en la medida del interés en el cumplimiento* o interés contractual positivo del contratante que resuelve (51) [cfr. arts. 45.1 en relación con el 49, 45.2, 61.1 en relación con el 64, 61.2, 75, 76 y 81.1 CNUV, 269 y 277.1 Libro 6 NBW, 7.3.5 PCCI, y 3.101(1) y 4.305 PDEC]. No considero acertado, en cambio, conceder a éste la alternativa de exigir la indemnización en la medida de su interés de confianza o interés contractual negativo (cfr. en cambio § 325 BGB-KE (52)]. Cosa diferente es que juegue en favor del acreedor

interpretado; que las dudas en la interpretación deban decidirse en la línea del Derecho dispositivo y los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; y que el ejercicio de la facultad resolutoria contractualmente diseñada esté sujeta a los límites del artículo 7.º CC. Favorables, sin embargo, a aquella doctrina jurisprudencial, R. BERCOVITZ, en CCJC 1984, pp. 1307 y ss; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid 1993, pp. 538-539.

Es obvio que el legislador puede razonablemente restringir el libre juego de las cláusulas resolutorias, por ejemplo, en los contratos de trabajo, en defensa del trabajador; en los arrendamientos rústicos y de vivienda, en defensa del arrendatario; e incluso en las compraventas de vivienda (no de cualquier tipo de inmueble) en defensa del comprador. Pero sólo porque en tales casos existen poderosas razones, como la función social de la vivienda, que justifican la excepción al principio de autonomía de la voluntad.

(50) En este sentido Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, pp. 723-724 (comp. pp. 705-706).

(51) PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización». ADC 1989, pp. 1143 y ss. (*adde*, ADC 1991, p. 1049, nt. 71); Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, pp. 725-727. Además CARRASCO, en CCJC 1989, pp. 891-894; pero para llegar a la falsa conclusión de que la disputa es nominal, desde la errónea premisa (quizás porque ha contemplado sólo la resolución del comprador o el comitente) de que conduce a resultados económicamente fungibles optar por la resolución o por el cumplimiento por equivalente; lo que acaso sea consecuencia de la fatigosa evolución de su pensamiento: «Restitución de provechos (II)», ADC 1988, p. 8; en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1989, p. 1644; y en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., pp. 389-391.

(52) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 173-174. Y parece ser la opinión de CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., p. 390; y CCJC 1989, p. 893, en el sentido de un apunte de DELGADO ECHEVERRÍA, en CCJC 1986, p. 3784, inspirado en F. ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II, Madrid 1969, pp. 111 y ss.

una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo; lo que viene a coincidir con la solución anglosajona de que el acreedor puede optar por el *reliance interest* o *reliance loss*, salvo que el deudor pruebe que aquél hizo un mal negocio (53).

d) El régimen de la liquidación de la relación contractual resuelta adolece entre nosotros de una gran oscuridad: ¿pierde la facultad de resolución quien ya no puede restituir lo que recibió del incumplidor, al menos si ello obedece a causa a él imputable?; ¿procede la recíproca restitución de frutos e intereses, o juega el artículo 1.120.I CC? ¿y son de aplicación las reglas de los artículos 451-455 CC?; ¿y *quid iuris* sobre los gastos realizados en la cosa a restituir? (54). Para todos estos interrogantes, considero modélica la regulación propuesta en los §§ 346 y 347 BGB-KE (55) (cfr. también arts. 7.3.6 PCCI y 4.306-4.309 PDEC; comp. arts. 81.2-84 CNUV, y arts. 272-276 Libro 6 NBW).

(53) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1989, pp. 1167-1168, con referencias de la doctrina norteamericana. En la inglesa, H. MCGREGOR, *On Damages*, 15.^a ed., Londres 1988, §§ 45 y ss., 58 y ss., D. H. HARRIS, en *Chitty on Contracts. General Principles*, 26.^a ed., Londres 1989, §§ 1802 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 832-834. Y entre los juristas alemanes, STOLL, «Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtvergleichende Studie zum Vertragrecht», en *Festschrift für K. Duden*, Munich 1977, pp. 641 y ss.; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 74 CISG, Rn. 3; D. MEDICUS, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., §§ 249-254, Berlín 1980, § 249, Rz 129-130; W. GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2. 2.^a ed., Munich 1985, Vor § 249, RdNr. 12.d; SOERGEL-MERTENS, Vor § 249, Rz. 106; SOERGEL-WIEDEMANN, Vor § 275, Rz. 42-44, y § 325, Rz. 51-53; PALANDT-HEINRICH, Vorbem v § 249 Rn. 32, y § 325. Rn. 15.

(54) Divergentes y fragmentarios apuntes en CARRASCO «Restitución de provechos (I)», ADC 1987, pp. 1116 y ss., 1120; DELGADO ECHEVERRÍA, en CCJC 1986, pp. 3784-3785; MONTÉS PENEDÉS, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., p. 1278, nt. 71; R. ALVAREZ VIGARAY, en *Comentario del Código Civil...*, II, cit., pp. 99-100; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 723. A mi juicio, de *lege lata*:

a) La primera pregunta debe responderse negativamente (arg. art. 1.488 CC; frente a lo que opina MORALES, *Comentario del Código Civil...*, II, cit., pp. 964-965, por su prejuicio de la analogía con el art. 1.295 CC, me parece claro que la norma contempla una acción redhibitoria, no una estimatoria: cfr. la glosa de García Goyena al art. 1.410 Proyecto 1851).

b) Procede la recíproca restitución de frutos e intereses, aunque no por aplicación analógica del artículo 1.295.I, sino porque el artículo 1.123.I, relativo a la restitución recíproca, no se remite al artículo 1.120.I. También el contratante «poseedor de buena fe» está sujeto a tal restitución: la norma del artículo 451 CC es excepcional, en cuanto contraria al principio general de los artículos 353 y 354 CC.

c) Los gastos necesarios deben abonarse (arg. art. 453.I CC). Pero en cuanto las mejoras, no es fácil negar la aplicación de los artículos 487 y 488 CC, dada la remisión de la regla 6.^a del artículo 1.122 a la que se remite por su parte el artículo 1.123.II; aunque resulta más razonable la norma del artículo 1.652.I CC.

(55) *Abschlußbericht...*, cit., pp. 174 y ss.

6. Por lo que respecta a la reducción del precio:

a) Su ausencia entre los remedios ofrecidos al acreedor en los principios de UNIDROIT (sí aparece, en cambio, en el art. 4.401 PDEC) no debe inducirnos a su supresión en nuestro Derecho, a no ser que quisiera acogerse entre nosotros la regla del *common law* de que el deudor responde en todo caso de los daños causados por el cumplimiento defectuoso, porque entonces perdería su utilidad práctica (56). No siendo partidario de tal responsabilidad «absoluta», creo que este medio de tutela ha de conservarse: sobre todo, para las hipótesis de cumplimiento defectuoso no imputable al deudor; pero también compatible con la responsabilidad contractual (57).

b) Parece razonable condicionar como regla la facultad de reducción del precio al *transcurso de un plazo adecuado* en el que el deudor pueda rectificar lo defectuoso del cumplimiento; no, en cambio, a que el defecto tenga determinada entidad (cfr. §§ 440 y 638 BGB-KE) (58).

c) No cabe duda de que este remedio ha de preverse tanto para el contrato de compraventa como para el contrato de obra, y tanto para los vicios fácticos como para los defectos jurídicos; pero es muy dudoso que sea oportuno extenderlo al arrendamiento de servicios.

7. Es patente la conveniencia de sacar del estrecho marco del contrato de compraventa la *exceptio inadimpleti contractus*, la resolución anticipada del contrato y la «excepción de riesgo de incumplimiento». Una vez más, el modelo a seguir lo constituyen, en mi criterio, los §§ 320, 321 y 323(4) BGB-KE (59) (v. también arts. 7.1.3, 7.3.3 y 7.3.4 PCCI, y 3.105, 4.201 y 4.304 PDEC; comp. arts. 262-265 Libro 6 NBW).

8. En cuanto a la restitución del enriquecimiento:

a) Un precepto semejante al del artículo 1.186 CC debe, a mi juicio, conservarse, pese a su ausencia en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (60). Forma cuerpo con el artículo 1.095 CC (configurando, si quiere decirse así, un *ius ad rem* del acreedor de cosa determinada) con el cometido de que nuestro Derecho no se diferencie sensiblemente, en las relaciones *inter partes*, de aquéllos en que la propiedad se transmite entre vi-

(56) Cabe comprender, así, los problemas que suscitó la existencia del (para los juristas del *common law* tan incomprensible como perfectamente inútil) artículo 50 CNUV. Pero véase WILL, en BIANCA/BONELL, *Commentary...*, cit., Art. 50, §§ 1.2 y 2.2; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 50 CISG, Rn. 6-7; HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., §§ 312-313 (parece contradecirse en § 427; comp. SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 9-11).

(57) Expresamente así, el apartado (3) del artículo 4.401 PDEC; y véase *supra*, la nota 14 de este trabajo.

(58) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 217 y ss., 258 y ss.

(59) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 156 y ss., 170-171.

(60) Lo que explicó y lamentó E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlín 1964 (1936), pp. 369-370. Véase además, SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 74 CISG, Rn. 56. Y sobre el tema en el moderno Derecho inglés, por ejemplo, TREITEL, *The Law of Contracts*, cit., pp. 570 y 825-826.

vos por el mero consentimiento, sin necesidad de tradición: por virtud de dichos preceptos el acreedor de cosa determinada tiene, frente al deudor, el monopolio jurídico de sus utilidades de uso y de cambio, como si fuera propietario.

b) Sería deseable otra redacción del hoy artículo 1.186 CC, que dejase claro que, siempre que el *commodum* lo sea «por razón de la cosa», la norma puede entrar en juego para cualquier tipo de incumplimiento, y no sólo en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Que para su aplicación es indiferente que, por ser el incumplimiento imputable al deudor, éste haya de responder [la indemnización se reducirá, en su caso, en el valor del *commodum*, que también puede superar los daños (61)], o que el incumplimiento permita al acreedor resolver el contrato (siempre que opte por no resolverlo). Y que no sólo el *commodum ex re* (cfr. art. 1.777 CC), sino también el *commodum ex negotiatione* (cfr. art. 1.778 CC) es exigible por el acreedor con base en dicho precepto (62). No sobraría aclarar también que el acreedor no adquiere automáticamente el *commodum*, sino que se le otorga una pretensión de entrega o de cesión frente al deudor: que es lo dogmáticamente consecuente y, sobre todo, lo adecuado a la posibilidad de optar el acreedor entre los distintos remedios (63).

c) Una extensión del ámbito de aplicación de la norma a las obligaciones de hacer o no hacer no es, vista su *ratio*, defendible. Otra cosa es lo que resulte de la interpretación integradora de los concretos contratos; como la que el legislador nos ha ahorrado el trabajo de realizar, para distintas obligaciones de no competir, en los artículos 1.683 CC y 136.II, 138, 288.II y 613 CCom (64).

9. Y por lo que respecta a la *responsabilidad contractual* en sentido estricto:

a) A la luz de las distintas disciplinas legales y propuestas doctrinales de construcción de los datos normativos que ofrece el panorama del Derecho comparado cabría esbozar, a mi juicio, tres concepciones-tipo de la responsabilidad contractual:

(61) No es así conforme al artículo 78.1 del Libro 6 NBW, pero véase el artículo 212.1 del mismo Libro para comprender por qué.

(62) Contra las ideas precedentes, CARRASCO, ADC 1988, pp. 143-144, incurriendo en la palmaria contradicción de valoración indicada *supra*, al final de la nota 45 de este trabajo.

(63) Sostienen tal solución J. ROCA JUAN, «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al art. 1186 CC)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro*, II, Madrid 1976, pp. 543 y ss.; LACRUZ/DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1, *cit.*, p. 261-262. En contra R. MOLINER NAVARRO, «La pérdida de la cosa debida», en *Centenario del Código Civil*, II, *cit.*, p. 1453; BADOSA, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 264.

(64) Sobre los cuales CARRASCO, ADC 1988, pp. 137-138; C. PAZ-ARES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, pp. 1421-1423.

Para la primera de ellas, la responsabilidad contractual es verdadero *cumplimiento* (por equivalente, caso de que se conceda al acreedor la pretensión de cumplimiento en forma específica): el deudor que infringe el programa de prestación acordado (exigible jurídicamente, o no) debe indemnizar los daños así provocados al acreedor *porque, al contratar, ha prometido hacerlo*; porque dicha obligación resarcitoria es verdadero contenido (o, incluso, el único contenido) de la promesa contractual. Desde esta concepción, que fue en su día la del *common law*, la responsabilidad por *breach of contract* tiene que ser en principio «absoluta»: donde hay contrato en vigor, hay responsabilidad. Resultará irrelevante que el *breach* sea o no imputable al deudor, a quien únicamente podrá exonerar la existencia de una cláusula contractual expresa o implícita (pero no sólo fingida al efecto por el juez) en el sentido de la extinción o suspensión del contrato en las circunstancias del caso (65). Y puesto que es el contrato mismo la fuente de la obligación de indemnizar, nada más lógico que el criterio básico de imputación objetiva del daño al *breach* causante del mismo sea el de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, imperante en el *common law* desde *Hadley v. Baxendale*.

Una segunda concepción ve la responsabilidad contractual, al igual que la extracontractual, como la *sanción de un acto ilícito*: la lesión de un derecho de crédito, en la contractual, y la lesión de un derecho absoluto, en la extracontractual. Desde tal concepción, dominante en la dogmática alemana e italiana de finales del siglo pasado y comienzos del presente, nada más lógico, en paralelo con la responsabilidad extracontractual, que sean solamente el dolo y la negligencia los criterios ordinarios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor. Y que también por lo que respecta a la imputación objetiva del daño estén parificadas ambas especies de responsabilidad, excluyendo así un criterio de imputación como el de la previsibilidad del daño al tiempo de

(65) Respecto del *common law*, cabe encajar en esta concepción tanto el primitivo período anterior a la aparición de la doctrina de la *frustration* como el de aplicación de esta doctrina según el «*implied term test*». No, el de aplicación de la referida doctrina según el «*construction test*»; momento en el que el Derecho anglosajón del incumplimiento contractual se aproxima a la tercera de las concepciones-tipo aquí esbozadas, mas sin responder a ella realmente: la obligación indemnizatoria sigue considerándose contenido (a veces único) de la promesa contractual; pero ese contenido no se determina sólo mediante interpretación subjetiva, sino también, y sobre todo, mediante interpretación integradora, mediante *construction of the contract*. Para la terminología utilizada, HARRIS, en *Chitty on Contracts...*, cit., §§ 1631 y ss.

Una lectura parecida de un sistema continental de responsabilidad contractual es la que realizó Osti de la normativa del Código italiano de 1865, que ha devenido con algún matiz interpretación dominante de la disciplina del Código de 1942 y que ha defendido entre nosotros Jordano Fraga. Lo que a mi juicio no termina de encajar es el papel de la culpa: ¿por qué la imposibilidad no culposa libera al deudor (extingue la obligación y excluye su incumplimiento) pese a que puede «cumplirse por equivalente» (aunque no en forma específica), exactamente lo mismo que cuando la imposibilidad es culposa?

contratar, sólo referible al ámbito estrictamente contractual (al margen del cual se sitúa la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales). Una u otra circunstancia se cumplen en el Derecho del incumplimiento del Código Civil alemán (66).

La tercera concepción-tipo coincide con la primera, frente a la segunda, en que es el contrato la fuente de la responsabilidad contractual, en que ésta es un efecto del contrato. Se diferencia de aquélla, en cambio, en que no concibe la obligación de indemnizar como «contenido de la promesa contractual», sino como *efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella*: cuando el deudor incumplidor ha de responder, no es así porque haya prometido responder si no cumple —lo que prometió fue dar, hacer o no hacer algo, y mientras sea posible, el acreedor puede pretenderlo sin otros límites que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos, y el deudor tiene derecho a no prestar algo distinto—, sino que ha de responder porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable —en términos de justicia o de eficiencia— que sea imputado al deudor. Desde esta concepción, la responsabilidad contractual no podrá ser absoluta: requerirá que el incumplimiento sea imputable al deudor. Pero tampoco tendrá que ser, frente a la segunda concepción, «naturalmente subjetiva»: los criterios ordinarios de imputación no tienen por qué reducirse al dolo y la culpa-negligencia. Un alto nivel de «objetivación» de la responsabilidad contractual es, pues, plenamente congruente con esta última concepción. Que, en fin, coincidirá con la primera —es el contrato la fuente de la obligación de indemnizar— en cuanto al criterio básico de imputación objetiva del daño al incumplimiento: la previsibilidad del daño al tiempo de contratar (67). La regulación de la responsabilidad contractual en el Código Civil francés y sus imitadores refleja, a mi juicio, esta tercera concepción.

Esto mismo puede afirmarse de lo que hoy cabe considerar «Derecho común» de la responsabilidad contractual: artículos 74 y 79 CNUV; 7.1.7, 7.4.1 y 7.4.4 PCCI; y 3.108, 4.501(1) y 4.503 PDCE. Y

(66) Aunque no es ésta la única lectura que los juristas alemanes han hecho de su disciplina legal, ni siquiera la hoy mayoritaria. El más próximo a ella en los últimos años es E. PICKER, «Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt», AcP 183 (1983), pp. 369 y ss.; «Vertragliche und deliktische Haftung», JZ 1987, pp. 1041 y ss. En las antípodas se halla la visión de H. H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, encuadrable en la primera de nuestras concepciones-tipo. Los representantes más puros de esta segunda se hallan en la dogmática alemana e italiana de finales del XIX y principios del XX; pero siguen encontrándose también modernamente en la doctrina italiana: *cfr.* BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2.^a ed., Bolonia-Roma 1979, en «Commentario del codice civile Scialoja-Branca».

(67) Si bien esta concepción reclama, para juzgar de la previsibilidad del daño, un parámetro objetivo-típico (buen padre de familia), mientras la primera lo reclama subjetivo (concreto contratante). El paso de este a aquel parámetro puede no representar, sin embargo, el paso de una concepción a otra, sino simplemente, dentro de la primera, el paso de una interpretación puramente subjetiva a una *construction of the contract*.

del Código Civil español, si se acepta la reinterpretación que he propuesto recientemente de su artículo 1.105 a la luz del artículo 79 CNUV (68). En cualquier caso, las bases de una reforma legislativa en materia de responsabilidad contractual tendrían que ser, a mi juicio, las siguientes:

b) Suprimir aquellas referencias a la *culpa* que, como la del artículo 1.182 CC, puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o negligente) (69). Y sustituir la redacción del artículo 1.105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV (o del art. 7.1.7 PCCI, o del art. 3.108 PDCE), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios *ordinarios* de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la «*esfera de control del deudor*» —del que son concreción, por ejemplo, los arts. 76 y 77 Libro 6 NBW (70)— y del «riesgo (externo a aquella esfera) *implícitamente asumido al contratar*».

c) Considero que no hay razón suficiente para conservar la regla de que el *deudor moroso* también responde de la pérdida o destrucción de la cosa debida ocurrida durante la mora cuando (el suceso directamente generador de la pérdida o destrucción es un «caso fortuito», es decir, no puede ser subjetivamente imputado al deudor mediante ninguno de los criterios del apartado anterior y) la pérdida o destrucción no es objetivamente imputable a la mora —no es «consecuencia necesaria» de la misma en el sentido del art. 1.107 CC—; por más que la mora haya sido condición *sine qua non* de la pérdida o destrucción, ya que ésta no se hubiera producido del mismo modo en los mismos lugar y tiempo (por el mismo caso fortuito) de haber cumplido el deudor tempestivamente. Creo, por tanto, que el último párrafo del artículo 1.096 y el inciso final del artículo 1.182 CC no merecen ser conservados (71). Y que es un claro acierto del Derecho uniforme sobre com-

(68) En ADC 1991, pp. 1059-1072.

(69) Por más que no exista, por ejemplo, mayor razón para afirmar que la «culpa» del artículo 1.182 CC —que sin duda incluye el dolo— es la misma que la del artículo 1.104, que para afirmar que es «lo contrario del caso fortuito» descrito por el artículo 1.105 (v. art. 1.183) y que hay una zona de supuestos intermedios, si se me permite decirlo así, entre los artículos 1.102-1.104 y el artículo 1.105 CC.

(70) Más «subjetivista» es el Informe Final de la Comisión alemana: §§ 276 a 279 BGB-KE; *Abschlussbericht...*, cit., pp. 121 y ss.

(71) Cuando la prestación deviene imposible en situación de mora del deudor, caben las siguientes hipótesis:

a) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad puede ser subjetivamente imputado al deudor. Este responderá del daño derivado de la imposibilidad según las reglas generales: igual que si no hubiese estado en mora.

b) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito, pero puede imputarse objetivamente a (es consecuencia necesaria de) la no prestación tempestiva del deudor. Este responderá del daño resultante de la imposibilidad, como de cualquier otro daño objetivamente imputable a la mora, según las reglas generales: los artículos 1.101 (morosidad) y 1.107 CC.

c) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito y no objetivamente imputable a la mora. El deudor sólo responderá del daño resultante

praventa internacional y de los Principios de UNIDROIT y del Derecho Contractual Europeo no contener ninguna norma así: que sería superflua (72), o reflejaría ideas punitivas ajenas a la función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad contractual (73).

Razonable me hubiera parecido la norma del artículo 1.096.III CC, si, aprovechando la remisión a ella del artículo 1.452.I CC, se hubiese interpretado exclusivamente como una excepción a la regla *periculum est emptoris*: el deudor-vendedor en mora o que hubiese vendido la cosa varias veces correría con el riesgo, perdería el precio en caso de pérdida o destrucción fortuita de aquélla; pero no respondería del daño que ello causara al acreedor. Una interpretación así, sin embargo, no ha sido defendida entre nosotros. Y de cualquier modo, de aceptarse reglas de traspaso del riesgo como las de los artículos 67 a 69 CNUV, bastaría una norma análoga a la de su artículo 70.

de la imposibilidad si una norma especial así lo dispone; y puede disponerlo de una de estas tres maneras:

ca) El deudor moroso responderá en todo caso.

cb) Responderá, salvo que *el mismo caso fortuito* hubiera afectado del mismo modo al bien objeto de la prestación en el ámbito del acreedor, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

cc) Responderá, salvo que el bien objeto de la prestación se hubiese perdido o destruido en poder del acreedor por efecto del mismo caso fortuito *o de otro suceso que no hubiese dado lugar a responsabilidad de un tercero*, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

La primera de estas tres opciones —responsabilidad «sin relación de causalidad», si de relación causal cupiera hablar con propiedad respecto de las omisiones— sólo la prevén algunos ordenamientos para la obligación de restitución nacida de delito (*cf.* arts. 1302.IV CC francés, 1221.II CC italiano y, más discutible, 1.185 CC español). La segunda —sólo se responde si la mora es *condicio sine qua non* del fortuito causante de la imposibilidad— es la que en nuestro Código prevén los artículos 1.096. III, 1.182 y, *a maiore ad minus*, 1.896.II. Y la tercera, que conlleva dar relevancia exoneradora a las «causas hipotéticas de daño», es la acogida, por ejemplo, en el último inciso del § 287 BGB; siendo opinión absolutamente dominante que no exonerarán aquellas causas hipotéticas que habrían provocado el daño en el ámbito del acreedor que hubiese recibido puntualmente el bien objeto de la prestación *después* de la efectiva pérdida o destrucción del mismo en el ámbito del deudor (*cf.* PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1058-1059 y nt. 94, y allí otras referencias a las que puede añadirse SOERGEL-WIEDEMANN, § 287, Rz. 4-6).

(72) Si se la interpretara como una simple concreción de las normas generales sobre responsabilidad contractual: así, DÖLLE/STOLL, Art. 79 EKG, Rdnr. 90 y DÖLLE/H. WEITNAUER, Vor Art. 82-89 EKG, Rdnr. 18, que yerran, a mi juicio, sobre el alcance de tales normas generales de la Ley Uniforme.

(73) No ha sido de esta opinión el legislador holandés (v. art. 84 Libro 6 NBW). También la Comisión alemana ha propuesto mantener el § 287 BGB, con un retoque insignificante; pero leyendo sus explicaciones resulta bien claro que ha partido de la premisa de que lo establecido en dicho parágrafo es mera concreción de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual (*Abschlussbericht...*, *cit.*, pp. 140-141). Sostiene la misma falsa idea, respecto del artículo 1.221.I CC italiano, BIANCA, *Dell'inadempimento...*, *cit.*, pp. 232 y ss.; *cf.* en cambio P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milán 1967, pp. 189 y ss.

d) No puede conservarse una norma del tenor del párrafo segundo del artículo 1.107 CC, que parece disponer que el *deudor doloso* responde de todos los daños de los que su incumplimiento sea *condicio sine qua non*. Estimo evidente que la extensión de su responsabilidad no puede ser mayor que la de quien, sin relación obligatoria previa con el dañado, realizase dolosamente un hecho dañoso análogo; y que, por ello, no cabe imputar objetivamente al deudor doloso aquellos eventos dañosos que, aunque causalmente conectados con su incumplimiento, deban considerarse realización del «riesgo general de la vida», o consecuencia de una combinación de circunstancias extremadamente atípica, o efecto de la conducta dolosa de un tercero, no significativamente favorecida por la falta de cumplimiento, etc. (74). Lo que cabe discutir es si el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, que sin duda ha de ser conservado (aunque modificando el tenor del art. 1107.I CC, al objeto de dejar patente que su campo de aplicación se limita a las obligaciones contractuales), debe o no seguir quedando restringido al deudor «de buena fe» o no doloso. Creo que hay buenas razones, y no de puro orden moral, para responder afirmativamente (75).

e) Habida cuenta del alto riesgo de que acabe triunfando la línea doctrinal y jurisprudencial que interpreta el inciso final del artículo 1.103 CC en el sentido de que nuestros Tribunales gozan de una general facultad de moderar equitativamente las cuantías indemnizatorias —de que no rige, por tanto, en nuestro Derecho el principio de «*indemnización plena o integral*» que se reconoce, por ejemplo, en el inciso primero del art. 74 CNUV y en los arts. 7.4.2 PCCI y 4.502 PDCE (pero recientemente en contra, art. 109 Libro 6 NBW)—, creo aconsejable suprimir aquel inciso. Pero dejando claro a la vez que, no sólo la imprevisibilidad al tiempo de contratar del tipo de evento dañoso producido, sino también la de su dimensión cuantitativa, podrá servir para limitar la indemnización conforme al criterio básico de imputación objetiva del daño contractual que contempla hoy el inciso primero del artículo 1.107.I CC (76).

(74) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1036-1037 y 1085-1091.

(75) PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1032-1034. Un muy reciente análisis económico de la regla de *Hadley v. Baxendale* —L. A. BEBCHUK/S. SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*», 7 *The Journal of Law, Economics & Organization*, 284, 303-304 (1991)— predica la irrelevancia, a los efectos de dicho análisis, de la distinción entre incumplimientos dolosos y no dolosos. Pero adviértase que en el modelo utilizado en dicho trabajo se ignora como variable el momento en que se producen los flujos de información de compradores a vendedores: antes o después de la celebración del contrato. Y ese es precisamente el dato que, siendo norma general la de *Hadley v. Baxendale*, puede justificar como excepción una «*unlimited liability rule*» para los incumplimientos dolosos: que haga útil a efectos indemnizatorios a los compradores la comunicación a los vendedores de los incrementos sobrevenidos del valor que atribuyen a su cumplimiento, desincentivándose de esta forma incumplimientos dolosos sobrevenidamente ineficientes.

(76) Más información sobre estos temas con referencias bibliográficas en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1037-1043 y 1077-1079.

f) Es obvia la conveniencia de incorporar a nuestro Código Civil normas relativas a la *contribución al incumplimiento o a sus efectos del acreedor dañado* o de algún suceso perteneciente a su esfera de control, así como al *deber (carga) del deudor de mitigar el daño*, análogas a las previstas en los artículos 7.4.7 y 7.4.8 PCCI, y 4.504 PDCE.

g) No cabe, a mi juicio, decir lo mismo de los artículos 7.4.5 y 7.4.6 PCCI ó 4.505 y 4.506 PDCE, que generalizan lo prescrito en los artículos 75 y 76 CNUV sobre *valoración del daño* en los casos de resolución del contrato. La regla basada en la realización de un negocio de cobertura sólo es razonable en cuanto regla probatoria, que no excepciones sustantivamente los principios generales sobre determinación del daño; y puede provocar la confusión de que se está reconociendo al acreedor una facultad general de autotutela de su derecho de crédito. La otra regla se asienta sobre la base, en modo alguno generalizable, de que, tras la resolución del contrato, el dañado tiene en todo caso la carga de cubrirse de inmediato al precio de mercado; y puede generar la equivocada idea de que, en caso de resolución de contrato, el momento correcto de valoración del daño es la fecha de la resolución, y no la fecha de la sentencia en el juicio sobre responsabilidad contractual, o si se quiere, la de la última de las actuaciones de dicho proceso en la que las partes puedan alegar nuevos hechos. Finalmente, en otro orden de cosas, no parece muy razonable que el hecho de que el perjudicado haya conseguido cubrirse a un precio más favorable que el de mercado venga a recaer en beneficio del incumplidor (77).

h) En cuanto a los *pactos limitativos de la responsabilidad contractual*, ninguna otra norma es precisa en el Código Civil que sus artículos 1.102 y 1.255, salvo que quiera incluirse en aquél la disciplina de las condiciones generales de la contratación (como p. ej. en la Sección 3 Libro 6 NBW), que ha de prohibir como mínimo cualquier cláusula de exoneración de responsabilidad y las cláusulas de limitación de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones esenciales.

Respecto de los *pactos de agravación de la responsabilidad*, el problema más interesante es si convendría distinguir y regular separa-

(77) Compárese con los artículos 84 y 85 LUV. Para el Derecho inglés, MCGREGOR, *On Damages*, cit., §§ 339-340, 746 y 839; pero en cambio, HARRIS, en *Benjamin's Sale of Goods*, 3.^a ed., Londres 1987, §§ 1302-1303 y 1347-1348. Para el Derecho alemán, por un lado, SOERGEL-MERTENS, Vor § 249 Rz. 236; pero por otro SOERGEL-WIEDEMANN, Vor § 275 Rz. 50, y § 325, Rz 43, 45 y 46. Para el *Uniform Commercial Code*, por un lado, PETERS, «Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods Under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two», 73 *Yale L. J.* 260-261 (1963), pero por otro WHITE/SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., §§ 6-4 y 7-7.

damente en el Código Civil las «cláusulas de liquidación del daño» y las «cláusulas penales en sentido estricto». Pero su análisis no es propio de esta ocasión (78) (79).

(78) Obligada es al respecto la cita de la impresionante monografía de A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra 1990, en la que se encontrará exhaustiva información bibliográfica hasta su fecha. Entre nosotros, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», ADC 1993, pp. 537-542.

(79) En corrección de pruebas, ha llegado a mis manos la nueva monografía de F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid 1994. En ella dedica algunas páginas (509-515, nt. 726) a ciertas afirmaciones contenidas en mi trabajo en el *Anuario de Derecho Civil* de 1991. Lo que agradezco muy sinceramente —mi trabajo se titulaba «materiales para un debate»—, y paso a responderle del modo más breve posible, tras reafirmarme en lo escrito en las notas 34, 45 y 47 de este trabajo, con una serie de preguntas:

a) Las primeras, que espero parezcan «graciosas» a Jordano Fraga, comenzarían con ésta: ¿Coincide lo que yo, como el artículo 79.1 CNUV, he llamado «impedimento» al cumplimiento con lo que él llama «imposibilidad sobrevenida» de la prestación? Porque si es así, me alegraría; pero no podría sino repetir que Jordano Fraga deforma el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible. Por hacer referencia a un caso real que, como se comprenderá de inmediato, ha provocado cierto revuelo entre los juristas italianos: si un deudor no cumple tempestivamente por la única razón —con la que contesta a la intimación de su acreedor—, de que le exonera de hacerlo una norma legal formalmente válida, pero que después es declarada inconstitucional, ¿diría Jordano Fraga que ese deudor incumplió por causa de una (temporal) imposibilidad sobrevenida de su prestación?; y nótese que si no lo dijera, tendría que llegar a la conclusión, desde sus premisas, de que el referido deudor sería responsable de los daños causados por la mora. Y si Jordano Fraga se ve forzado a afirmar, para no llegar a un resultado insostenible, que en el famoso «*Eierfal*» de la jurisprudencia del *Reichsgericht* la prestación genérica era objetivamente imposible —lo que, como es natural, nadie afirma en la doctrina alemana— ¿quién es el que ha tenido que poner toda su voluntad en «escamotear» la realidad de las cosas? [me permitiría encomendar la lectura del § 279 BGB-KE y sus motivos, en *Abschlussbericht...*, cit., pp. 126-128; y véase ya, por todos, SOERGEL-WIEDEMANN, § 279, Rz. 1 y ss., 13]. En fin, espero no tener que ofrecer aquí pruebas de que ya me sabía que el ejercicio de todas las pretensiones, también el de la pretensión de cumplimiento (la que yo no confundo con la de responsabilidad contractual), está sujeto al límite institucional de la buena fe; pero ¿hay alguna necesidad de aceptar un planteamiento que obliga a decir que la buena fe puede hacer que lo objetivamente posible (y cumplible por el deudor) sea objetivamente imposible?

b) Dado que, para mi sorpresa, Jordano Fraga se manifiesta totalmente de acuerdo conmigo en que, en la hipótesis del deudor que incumple por atender a su hijo moribundo, «de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendría derecho a exigir de inmediato la ejecución del mismo a costa del deudor que opte por atender a su hijo (art. 1.098.I CC)», con el argumento de que en tal caso no hay imposibilidad sobrevenida ni inexigibilidad conforme a la buena fe de ese cumplimiento que también puede realizar un tercero, espero que no considere «completamente fuera de lugar» la pregunta siguiente: ¿Debería, entonces, ese padre responder del daño que haya sufrido al acreedor por no obtener aquel servicio a tiempo? Desde las premisas de Jordano Fraga la respuesta tendrá que ser indudablemente afirmativa; pero, ¿no parecería indecente que el Derecho dijera a aquel padre, angustiado por acudir junto a su hijo, que debió detenerse a buscar un sustituto que prestase el servicio a tiempo?

c) En definitiva, y en atención a la brevedad, las preguntas que dirigiría al profesor Jordano Fraga se condensan en ésta: ¿qué poderosa razón existe, legal o práctica, para sufrir las penalidades que comporta sostener que el supuesto de hecho de la

pretensión de cumplimiento, el de la resolución por incumplimiento y el de la responsabilidad contractual son idénticos?; o por decirlo de forma menos solemne: ¿qué poderosa razón legal o pragmática hay para que, al menos quienes no hemos gozado de una magnífica estancia en el Colegio de España en Bolonia, debamos ayudar a los juristas italianos a sobrellevar esa cruz que el habilidoso Osti les endilgó? Cruz que evitarán los juristas navarros, sin más que entender que las palabras «en todo otro caso» del inciso final de la Ley 493.I de su Compilación significan «en todo otro caso *de imposibilidad*» (así, ese inciso diría sólo algo equivalente a lo que decía el art. 1.160.II del Proyecto de 1851), y no «en todo otro caso *de incumplimiento*» [De nada, Carlos].

Y sólo un par de cosas más, la primera para hacer frente a mis «reales contradicciones»:

Me parece indiscutible —como a la doctrina hoy dominante entre nosotros (por cierto, me gustaría preguntar a Jordano Fraga a quiénes considera él hoy doctrina dominante)— que el tenor del artículo 1.124 CC no impone en modo alguno la conclusión de que «en todo caso» en que proceda la resolución tendrá que ser posible el cumplimiento (inmediato) de la prestación incumplida, y tendrá que proceder asimismo la indemnización de daños y perjuicios. Es evidente que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor procederá la resolución *ex* artículo 1.124, y no cabrá ya la pretensión de cumplimiento. Y es tan claro que no procederá la indemnización de daños cuando la resolución no cause ningún daño al acreedor que resuelve, como lo es que no procederá cuando el incumplimiento resolutorio no sea imputable al deudor.

Tengo la impresión de que al profesor Jordano Fraga le ha molestado que yo hablase de «importación», por su parte, «de las ideas que, procedentes de Osti, ha acogido el Código Civil italiano de 1942». Debo explicar que mi intención fue únicamente situar al lector en la historia de los dogmas y las construcciones jurídicas, y en modo alguno acusar de nada a un jurista tan riguroso. A quien, además, considero amigo; y por ello le envío de todas maneras las disculpas que hagan falta..., invitándole, si me permite una última broma, a que relea las páginas 492-494 de su última monografía.

