

La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual

Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas¹

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

MARIAN GILI SALDAÑA

Profesora visitante de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar distintas cuestiones teóricas relativas a la resolución como remedio frente al incumplimiento, tomando en consideración las dimensiones estratégicas y económicas que se derivan de las soluciones jurídicas propuestas para este remedio, así como la heterogeneidad de efectos que puede generar en términos de incentivos y costes sociales para las partes. Los resultados de este análisis permitirán extraer conclusiones sobre el régimen jurídico del remedio resolutorio predicables tanto del Derecho español de contratos como de la normativa común europea de compraventa (CESL) y otras propuestas normativas en materia contractual.

¹ Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación «Análisis de los remedios (*Remedies*) en derecho privado español según la teoría general de la aplicación del derecho (*Law Enforcement Theory*)» (DER 2010-15624) y «El análisis de los remedios en el Derecho patrimonial y de la persona» (DER 2013-47560-R), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad. Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de los profesores Franco FERRARI y Marco TORSELLO, así como del resto de participantes en los seminarios organizados por la Università di Verona y la Universitat Pompeu Fabra.

PALABRAS CLAVE

Derecho europeo de contratos. Derecho español de contratos. Normativa común europea de compraventa (CESL). Remedios frente al incumplimiento contractual. Resolución del contrato. Contratos B2B. Contratos B2C. Análisis económico del Derecho.

ABSTRACT

The aim of this paper is to contribute to the understanding of different theoretical issues on termination of contract as a remedy for breach, emphasizing the strategic and economic dimensions that result from its legal solutions and the heterogeneity of effects that it may induce both in terms of incentives and overall social costs for the parties. This analysis will allow us to evaluate different solutions in the legal regime of termination both under Spanish Contract Law and the Common European Sales Law (CESL), as well as other proposed texts in Contract Law.

KEYWORDS

European Contract Law. Spanish Contract Law. Common European Sales Law (CESL). Remedies. Termination. B2B contracts. B2C contracts. Law and Economics.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El funcionamiento del remedio resolutorio:* 2.1 Contratos celebrados entre comerciantes (contratos B2B). 2.2 Contratos celebrados entre comerciantes y consumidores (contratos B2C).—III. *Características generales del remedio resolutorio:* 3.1 La complejidad del remedio resolutorio y los factores determinantes de las decisiones contractuales de invertir y cumplir. 3.2 La complejidad del remedio resolutorio y las doctrinas limitadoras de su ejercicio. 3.3 Algunos problemas ligados al ejercicio del remedio resolutorio desde una perspectiva económica.—IV. *Críticas al régimen jurídico del remedio resolutorio, especialmente en el CESL.*—V. *Algunas consideraciones sobre las críticas al régimen jurídico del remedio resolutorio:* 5.1 El incentivo a la resolución oportunista del contrato. 5.2 Imperatividad de las normas reguladoras de los remedios frente al incumplimiento contractual en contratos con consumidores.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende contribuir a la comprensión del régimen jurídico del remedio resolutorio tanto en Derecho español como en lo que es la propuesta de reglamentación contractual más inmediata sobre la mesa en el ámbito europeo, esto es, la normativa común de compraventa europea² (CESL). Para ello se analizarán distintas

² Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final; <http://eur-lex.europa>].

cuestiones teóricas relativas a la resolución como remedio frente al incumplimiento, tomando en consideración las dimensiones estratégicas y económicas que se derivan de las soluciones jurídicas propuestas para este remedio, así como la heterogeneidad de efectos que puede generar en términos de incentivos y costes sociales. Los resultados de este análisis permitirán extraer conclusiones sobre el régimen jurídico del remedio resolutorio predicables tanto del Derecho español como del Derecho europeo de contratos.

Al contrario que en otros sistemas jurídicos y, más aún, en el terreno comparativo europeo e internacional, la noción técnica de resolución como mecanismo de reacción frente al incumplimiento no plantea hoy entre nosotros particulares debates terminológicos o técnicos, y ello a pesar de la tradicional ubicación de nuestra regla fundamental en la materia, el artículo 1124 CC, en sede de condiciones de la relación obligatoria, y no junto a otros medios de tutela frente al incumplimiento obligacional. La noción prevalente en España coincide de modo muy ajustado con lo que en la terminología utilizada por el CESL constituye la *termination*, una expresión genérica que trata de poner fin a querellas verbales y conceptuales en la materia.

Así pues, nos referiremos a la resolución por incumplimiento en el sentido amplio del CESL, esto es, como remedio contractual que, según resulta del artículo 8 de la Propuesta de Reglamento, permite «poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución»³. La resolución en Derecho español y en el CESL es un remedio general, accesible para el contratante *in bonis*, cualquiera que sea la naturaleza intrínseca (monetaria o no monetaria, por ejemplo) de la prestación incumplida. De hecho, en los propios preceptos del CESL se contempla específicamente para incumplimientos tanto del vendedor como del comprador. Sin embargo, nuestro análisis se centrará en el incumplimiento del deudor de la prestación característica (el vendedor o el proveedor de servicios en lo que es el ámbito de aplicación concreto de las reglas del CESL) y en la resolu-

eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF]. Véanse también las propuestas de modificación previstas en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [(COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura)] (en adelante, Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//ES>).

³ Cfr. artículo III.-3:501 DCFR, según el cual «(...) “*termination*” means the *termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning*».

ción efectuada por el contratante que ha de pagar la prestación característica (el comprador o cliente, en el ámbito propio del CESL). La razón de centrarse en estos casos reside en que es en estos escenarios en los que mejor se perciben las peculiares dimensiones económicas del remedio resolutorio en relación con otros remedios.

Al resaltar, como hacemos en el cuerpo de este trabajo, la complejidad del remedio resolutorio, no lo hacemos por ignorar las dificultades para analizar y evaluar otros mecanismos de reacción frente al incumplimiento. Por ejemplo, el cumplimiento forzoso de lo incumplido es en cuanto a su impacto engañosamente simple, pues en la realidad el coste del cumplimiento y el valor del mismo para la parte legitimada a recibirlo se ven afectados por la incertidumbre asociada a todo escenario contractual proyectado hacia el futuro. Incluso la indemnización de daños y perjuicios suscita complejidades que van más allá del cálculo y determinación del impacto negativo del incumplimiento y su traducción en dinero. Sin embargo, la resolución se halla, como remedio, afectada por fuentes de complejidad de mayor enjundia aún. Por un lado, porque su propia naturaleza de remedio de ineficacia y que comporta «deshacer» la relación contractual se enfrenta de modo directo al carácter dinámico y sujeto a gran variabilidad de contingencias que es propio de toda relación contractual de una cierta entidad. Por otro lado, porque la resolución típicamente –basta detenerse en el propio texto del artículo 1124 CC para darse cuenta– no viene sola, sino acompañada de la indemnización de daños y perjuicios, y esa interacción necesaria entre ambos mecanismos genera dificultades adicionales al análisis en cuanto a poder anticipar globalmente los efectos que el juego conjunto de la resolución y la indemnización tendrán sobre las decisiones de los contratantes, en función del tipo de prestación, de la dinámica de su ejecución, de las inversiones hechas por los contratantes y de las variantes de conducta de las partes una vez producido el incumplimiento.

Somos igualmente conscientes de la proximidad –en términos de ubicación sistemática en algunos sistemas, como el nuestro, pero sobre todo de conexión teórica y consecuencias sobre decisiones y conductas de los interesados– que la finalización de un contrato fruto del ejercicio del remedio resolutorio presenta en relación con otras vías de terminación de una relación contractual –o de unas negociaciones que pretenden culminar en la celebración de un contrato– que puedan basarse en cláusulas contractuales o en otras reglas o doctrinas del Derecho de contratos⁴. Sin embargo, en la

⁴ *Vid.*, para un análisis de estas cuestiones desde una perspectiva teórica, Robert E. SCOTT/George G. TRIANTIS, «Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 1428-1493, p. 1433; Víctor

medida en que pretendemos ofrecer un análisis centrado en la complejidad y variedad de los efectos de la resolución como remedio frente al incumplimiento, nos parece más adecuado dejar el resto de fenómenos resolutorios al margen de nuestro foco de atención.

El trabajo se divide en cinco apartados, además de esta breve introducción: el apartado II presenta en términos generales cómo opera el remedio resolutorio, tomando como punto de partida el diseño a partir del cual el CESL organiza la cuestión, tanto en los contratos B2B como en los B2C, relacionándolo con el régimen jurídico de la resolución en el Derecho español y en las propuestas para la modernización del Derecho de contratos en Europa y en España. El apartado III señala y estudia algunos de los inconvenientes que pueden derivarse del remedio resolutorio desde una perspectiva económica. Hay que destacar que la resolución es un remedio contractual extraordinariamente complejo –como veremos, sus efectos varían enormemente en función de las circunstancias de la relación contractual, y del momento y las características del incumplimiento–, pero no ha sido objeto de un análisis exhaustivo desde un punto de vista teórico consecuencialista o económico, por lo que no hay una teoría económica generalmente aceptada sobre la misma. El apartado IV reseña algunas de las críticas al régimen del remedio resolutorio previsto para los contratos B2C en el CESL, en especial las que aluden a la limitación excesiva de la autonomía privada en el diseño del remedio resolutorio en este contexto, y las que apuntan a la insuficiente atención al principio de conservación de los contratos, lo que a su vez resulta en la indeseable aptitud del régimen jurídico propuesto para crear en los consumidores incentivos a resolver los contratos de manera oportunista. El apartado V presenta sintéticamente algunos argumentos para poner en perspectiva ambas líneas de crítica y, finalmente, el apartado VI recoge las principales conclusiones del trabajo.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO

Para situar el remedio resolutorio en el conjunto de los mecanismos de tutela del contratante insatisfecho frente al incumplimiento, y exponer de modo ordenado los principales rasgos de su régimen jurídico en forma sintética, hemos considerado que articular la pre-

GOLDBERG, «Protecting Reliance», Columbia Law and Economics Working Paper No. 454, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344387).

sentación en torno a los preceptos del CESL permite una mayor claridad sistemática, pues el CESL, declaradamente, ha tratado – con éxito o no, eso es otra cuestión– de presentar una ordenación «natural» o «intuitiva» del régimen jurídico de la compraventa. Por otra parte, es notorio que nuestro régimen en materia de resolución por incumplimiento se ha ido elaborando a golpe de tendencia jurisprudencial y aportación doctrinal, pues nuestros mimbres de Derecho positivo son, en conjunto, escasos y asistemáticos.

Los remedios frente al incumplimiento contractual se organizan en el CESL a partir de un doble criterio: por un lado, el tipo de contrato incumplido –compraventa de bienes, suministro de contenidos digitales o prestación de servicios relacionados– y, por otro lado, la parte contratante que recurre al sistema de remedios del CESL –un comprador, un consumidor, un vendedor, un cliente o un prestador de servicios– (arts. 106-122, 131-139 y 155-158 CESL)⁵.

Sin embargo, en aras a facilitar una mejor comprensión del régimen jurídico aplicable a la resolución por incumplimiento, y a la vez mostrar de forma más directa el contraste, en cuanto a importantes decisiones de política jurídica en la materia, entre los contratos entre empresas o profesionales y los contratos con consumidores, hemos optado por ordenar la exposición conforme a un criterio algo distinto.

Procederemos a analizar, pues, en primer lugar, las normas aplicables a los contratos celebrados entre comerciantes –los denominados contratos B2B (*business-to-business contracts*)– para posteriormente examinar las normas reguladoras de los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores –los denominados contratos B2C (*business-to-consumer contracts*). La utilización de este criterio permitirá realizar una presentación intuitiva y, a la vez, exhaustiva tanto del régimen jurídico aplicable a cada tipo de relación contractual como de sus principales diferencias. Por ejemplo, es destacable –y en absoluto casual o de orden secundario– que algunos elementos del régimen jurídico de los remedios frente al incumplimiento –como son los relativos a la conformidad o falta de conformidad de los bienes con el contrato (arts. 99 y ss. CESL); los remedios del comprador frente al incumplimiento contractual (art. 108 CESL); la resolución por retraso en la entrega tras el otorgamiento de un plazo adicional de cumplimiento (art. 135.4 CESL),

⁵ Sobre la necesidad de reestructurar las Partes IV a VI del CESL, *vid.* THE EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), «Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, COM (2011) 635 final», 2012, pp. 26-27 (en adelante, ELI STATEMENT 2012, http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

o el régimen de la prescripción (art. 186.5 CESL)– tengan carácter imperativo en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores (art. 108 CESL), pero que puedan ser excluidos o modificados por las partes en los contratos celebrados entre comerciantes. Asimismo, es relevante que el CESL haya reconocido a los vendedores la facultad de subsanar el incumplimiento cuando los compradores tengan la condición de comerciantes [art. 106.2 a) CESL], pero no en general cuando los compradores sean consumidores [art. 106.3 a) CESL].

1. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE COMERCIANTES (CONTRATOS B2B)

1.1. Incumplimientos resolutorios

De acuerdo con los arts. 114-119 y 134-139 CESL, en los contratos B2B el comprador puede acudir al remedio resolutorio –sujeto, en su caso, al derecho de subsanación del vendedor– cuando concurra alguna de las siguientes causas⁶: (i) cuando el vendedor haya incumplido una obligación esencial del contrato⁷ (arts. 114

⁶ Sobre las causas de resolución en el CESL, *vid.* Régine FELTKAMP/Frédéric VAN-BOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254, esp. pp. 234-239; Mindy Chen-WISHART/Ulrich MAGNUS, «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 656 y ss.

El ELI STATEMENT 2012, pp. 290-291, propuso recoger en una única norma la resolución por incumplimiento esencial (arts. 114 y 134 CESL) y la resolución por incumplimiento previsible o anticipado (arts. 116 y 136 CESL), pues ambas causas de resolución exigen que se produzca un incumplimiento esencial.

Las causas de resolución del CESL no difieren en demasía de las previstas en otros regímenes internacionales o europeos: cfr. arts. 49 y 64 del Convenio de Viena (en adelante, CV); 8:105 (2), 8:106 (3), 9:105 (2), 9:301 y 9:304 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL), y III.–3:502 a III.–3:505 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR). Para un análisis comparado del régimen jurídico del remedio resolutorio en el CESL y el CV, *vid.* Marco B. M. LOOS/Harriët SCHELHAAS, «Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention», *European Review of Private Law*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 105-130.

⁷ Según el artículo 87.2 CELS, el incumplimiento de una obligación es esencial si «(a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora». Esta definición es prácticamente idéntica a la recogida en los arts. 8:103 PECL y III.–3:502 DCFR, pero difiere de la prevista en el artículo 25 CV, que se refiere únicamente al incumplimiento que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. El artículo 241 del *Restatement (Second) of Contracts* establece una lista de circunstancias relevantes para determinar si un incumplimiento es esencial.

y 134 CESL); (ii) cuando el vendedor se haya retrasado en la entrega de los bienes tras haber recibido un plazo adicional para realizar el cumplimiento (arts. 115 y 135 CESL), y (iii) cuando el incumplimiento sea previsible en su acaecimiento (arts. 116 y 136 CESL; en Derecho español, este tipo de incumplimiento también se suele denominar incumplimiento anticipado y, en los países del *Common Law*, *anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*).

El artículo 1124 CC permite resolver el contrato cuando «uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» [*vid.* también el artículo 329 del Código de comercio español (en adelante, CCom) que, en sede de compraventa mercantil, permite resolver el contrato «si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos»]. Sin embargo, como han sostenido durante años tanto la doctrina española⁸ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, únicamente tiene la consideración de incumplimiento resolutorio aquél que, por su gravedad, esencialidad o importancia, priva al acreedor de la finalidad que podía legítimamente esperar del contrato. Por regla general, los tribunales españoles no admiten la resolución cuando el incumplimiento del deudor consiste en un mero retraso en el cumplimiento¹⁰, cuando el deudor realiza un incumplimiento que haya de calificarse de tan solo parcial¹¹, o cuando este incumplimiento recae sobre una obligación incidental o accesorio¹².

Sobre la noción de incumplimiento esencial en estos regímenes internacionales o europeos, *vid.*, entre otros, Gerhard LUBBE, «Fundamental Breach under the CISG», *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, núm. 3, 2004, pp. 444-472; Benjamin K. LEISINGER, *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007; Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149, pp. 138 y ss.; Christian von BAR/ERIC CLIVE (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Sellier, Munich, 2009, pp. 229 y ss.

⁸ *Vid.*, entre otros, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004; Luis Díez-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005; Fernando GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret 3/2007*, 2007, pp. 1-49, pp. 30 y ss. (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf); Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 810 y ss.; Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1115 y ss.

⁹ Entre las más recientes, sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse las SSTS, 1ª, 21.10.2013 (RJ 2013\7064 y RJ 2014\429), 28.10.2013 (RJ 2013\8330 y RJ 2013\8331), 30.10.2013 (RJ 2013\7070), 31.11.2013 (RJ 2013\7072), 6.11.2013 (RJ 2013\7077 y RJ 2013\7076), 7.11.2013 (RJ 2013\7080 y RJ 2013\7079) y 14.11.2013 (RJ 2013\7300).

¹⁰ Entre otras, SSTS, 1ª, 27.9.2012 (RJ 2012\9020), 3.6.2013 (RJ 2013\4965), 31.10.2013 (RJ 2013\7259) y 24.1.2014 (RJ 2014\671); cfr. SSTS, 1ª, 17.1.2014 (JUR 2014\36672) y 6.2.2014 (JUR 2014\53212), que elevan el retraso a la categoría de incumplimiento esencial.

¹¹ Entre otras, SSTS, 1ª, 17.1.2000 (RJ 2000\67), 26.11.2007 (RJ 2008\28) y 24.4.2012 (RJ 2012\5134).

¹² Entre otras, SSTS, 1ª, 29.4.2003 (RJ 2003\3536), 12.11.2004 (RJ 2004\6902), 5.9.2012 (RJ 2012\10116) y 1.10.2012 (RJ 2012\9024).

Las propuestas para la modernización del Código civil y para un nuevo Código de Comercio elaboradas por las Secciones de Derecho civil y de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, respectivamente, se han hecho eco de los modelos adoptados por los regímenes internacionales y europeos más recientes, han codificado el requisito –preexistente entre nosotros por vía jurisprudencial y doctrinal, como es notorio– de la esencialidad del incumplimiento¹³ y han ampliado la tipología de incumplimientos resolutorios en el Derecho español de contratos.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009¹⁴ (en adelante, PMCC) permite resolver el contrato cuando el incumplimiento, «(...) atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial» (art. 1199 PMCC); asimismo, cuando, habiéndose producido un retraso o falta de conformidad, haya transcurrido el plazo razonable otorgado por el acreedor para que el deudor cumpla o subsane la falta de conformidad¹⁵; finalmente, cuando haya un riesgo patente de incumplimiento esencial por parte del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya otorgado (art. 1200 PMCC).

De forma similar, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (en adelante, ALCM) regula el derecho del acreedor a resolver el contrato por temor fundado de incumplimiento (art. 417-1 ALCM) y por el transcurso del plazo adicional otorgado al deudor para cumplir, aunque el incumplimiento no sea esencial (art. 417-2.2 ALCM). También prevé el derecho del comprador de bienes muebles e

¹³ Nótese que tanto la PMCC (art. 1099) como la ALCM (arts. 417-1 y 511-18.2) hacen alusión expresa al requisito de la esencialidad del incumplimiento, pero no acotan ese concepto. Defienden la conveniencia de incorporar una definición de «incumplimiento esencial» en la PMCC, Encarnación ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, pp. 1-27, p. 9 (www.mjusticia.es/bmj); Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724, p. 1708; Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685, p. 1583.

¹⁴ Para un análisis del remedio resolutorio en la PMCC, *vid.* Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685; Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.

¹⁵ Para algunas propuestas de mejora en la redacción de la PMCC, *vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724, pp. 1711 y ss.

inmateriales a resolver cuando, tratándose de un incumplimiento esencial y habiendo exigido el cumplimiento del contrato, el vendedor no lo haya ejecutado; el cumplimiento resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado, o el comprador tenga razones fundadas para creer que el vendedor no vaya a ejecutarlo (art. 511-18.2 ALCM).

1.2 Deberes de examen y notificación

En el CESL, el ejercicio del derecho a resolver está sujeto al deber de los compradores de examinar o hacer examinar los bienes dentro de un plazo razonable, que no puede exceder catorce días desde su entrega (art. 121.1 CESL). Este examen puede aplazarse cuando el contrato incluye el transporte de los bienes y cuando éstos cambian de destino durante el transporte o son reexpedidos por el comprador (arts. 121.2 y 3 CESL)¹⁶. Además, el comprador debe notificar la resolución en un plazo razonable desde que se originó el derecho o desde que conoció, o cabe esperar que conociera, el incumplimiento (art. 119.1 CESL)¹⁷. El incumplimiento de este deber comportará la pérdida del derecho a resolver el contrato, salvo que sea posible demostrar que el vendedor omitió por completo el comportamiento final o útil de prestación, esto es, que no realizó conducta alguna de cumplimiento mediante la entrega de la prestación¹⁸.

Cuando el incumplimiento se derive de la entrega de bienes no conformes con el contrato¹⁹, el ejercicio del remedio resolutorio –y del resto de remedios– estará sujeto de nuevo al deber del comprador de examinar o hacer examinar los bienes dentro de un plazo razonable, que no podrá exceder el plazo de catorce días desde su entrega (art. 121.1 CESL). Este examen también podrá aplazarse temporalmente cuando el contrato incluya el transporte de los bienes y cuando éstos cambien de destino durante el transporte o sean reexpedidos por el comprador (arts. 121.2 y 3 CESL)²⁰. Además, el comprador deberá notificar al vendedor la falta de conformidad dentro de los dos años siguientes a la puesta de los bienes a su disposición²¹. Esta notificación no será necesaria si el vendedor

¹⁶ Cfr. artículo 38 CV.

¹⁷ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha modificado el artículo 119 CESL, que impone a los compradores la obligación de notificar la resolución «(...) en un plazo de dos meses desde que se originó el derecho o, si el comprador fuera un comerciante, que el comprador conociera, o cabía esperar que conociera, que se había producido el incumplimiento, según qué condición ocurriera primero».

¹⁸ Cfr. artículos 9:303 (2) y (3) PECL, III.-3:508 DCFR y 64.2 CV.

¹⁹ Vid. los artículos 99-105 CESL.

²⁰ Cfr. artículo 38 CV.

²¹ El ELI STATEMENT 2012, p. 283, propone que el plazo de dos años comience a correr desde el momento de la entrega.

conocía o cabe esperar que conociera la falta de conformidad y no la reveló al comprador (art. 122 CESL)²².

En Derecho español, estos deberes de examen y notificación se encuentran expresamente previstos en el CCom para la compraventa mercantil (arts. 336 y 342 CCom). El artículo 336 CCom configura el examen de las mercaderías como un presupuesto para que el comprador pueda ejercitar las acciones correspondientes por vicio o defecto de cantidad o calidad. Una vez realizado este examen, el comprador pierde el derecho a ejercitar tales acciones si no denuncia los vicios o defectos en un plazo de cuatro días desde la recepción de las mercaderías –si se trata de vicios aparentes (art. 336 CCom)– o de treinta días desde la entrega de las mismas –en los casos de vicios o defectos ocultos (art. 342 CCom)²³. Tales deberes se recogen con detalle en el régimen de la compraventa de bienes muebles e inmateriales del ALCM, que ha sustituido la tradicional obligación de saneamiento por vicios y defectos ocultos por el deber del vendedor de entregar bienes conformes con el contrato (art. 511-7 ALCM en relación con el art. 511-9 ALCM). El comprador que pretenda resolver el contrato por falta de conformidad *ex* artículo 511-18.2 ALCM deberá examinar los bienes en el momento de su puesta a disposición o dentro de los cinco días siguientes a la misma. Este examen podrá aplazarse cuando el contrato comprenda el transporte de los bienes o cuando el comprador haya cambiado su destino en tránsito o los haya reexpedido sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlos (art. 511-11 ALCM). Adicionalmente, el comprador deberá comunicar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo de cinco días a contar desde que haya tenido conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de la misma (art. 511-12 ALCM). El incumplimiento de este deber comportará la pérdida del derecho a resolver (art. 511-20 ALCM). Los términos de la ALCM se antojan draconianos en comparación con los del CESL, que en esto también están referidos a la contratación entre empresarios y dejan fuera de su alcance a los compradores consumidores, que gozan de un régimen notablemente más favorable aun.

1.3 Límites al ejercicio del remedio resolutorio

Como en el resto de remedios frente al incumplimiento –salvo el derecho a suspender el propio cumplimiento [art. 106.2 a)

²² *Cfr.* artículos III.– 3:107 DCFR y 39-40 CV.

²³ *Vid.*, por todos, Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *Anuario de Derecho civil*, tomo XII, fasc. IV, 1959, pp. 1191-1218.

CESL]–, el ejercicio del remedio resolutorio está sujeto a la facultad del vendedor de subsanar la falta de conformidad²⁴ [arts. 106.2 a) y 109 CESL] mediante la reparación o la sustitución de los bienes defectuosos (art. 111.1 CESL)²⁵. Esta oferta de subsanación puede realizarse sea con anterioridad sea con posterioridad al vencimiento de la obligación de entrega (art. 109.1 y 2 CESL). En cualquier caso, el comprador podrá rechazar la oferta de subsanación en las siguientes condiciones: (a) si la subsanación no puede realizarse sin demora y sin causarle molestias importantes [art. 109.4 a) CESL]; (b) si tiene motivos para desconfiar de que el vendedor vaya a cumplir en el futuro [art. 109.4 b) CESL], o (c) si el retraso en el cumplimiento inherente a la subsanación, pues ésta comporta necesariamente un plazo de ejecución, supone una situación calificable como incumplimiento esencial del contrato [art. 109.4 c) CESL]. La subsanación del incumplimiento también podrá rechazarse cuando no se pueda ejecutar en un plazo razonable (art. 109.5 CESL)²⁶. Durante el plazo de subsanación, el comprador podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones (art. 109.6 CESL) no podrá recurrir a los restantes remedios, pero sí podrá exigir una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan podido derivar de la subsanación o que no se hayan podido evitar a través de la misma (art. 109.7 CESL).

Ni el CC ni el CCom español contienen una norma que regule con carácter general el derecho del deudor a subsanar el incumplimiento antes de que el acreedor pueda dar por terminada la relación contractual. Sí se regula, en cambio, en la PMCC y en el ALCM. El artículo 1200 PMCC establece –como posibilidad– que el acreedor, antes de resolver el contrato, conceda al deudor un plazo razonable para subsanar la falta de conformidad. Asimismo, el artículo 417-2.1 ALCM prevé, para los contratos mercantiles, que la parte que haya cumplido defectuosamente su prestación, siempre que ello no implique un incumplimiento esencial

²⁴ Sobre el régimen jurídico de la subsanación del incumplimiento en el CESL, *vid.* Hector MACQUEEN/Barbara DAUNER-LIEB/Peter W. TETTINGER, «Specific Performance and Right to Cure», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 634 y ss.; Régine FELTKAMP/Frédéric VANBOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254, esp. 222-223.

²⁵ *Cfr.* artículos 8:104 PECL, III.–3:201 a III.–3:203 DCFR y 48 CV.

²⁶ Las normas reguladoras de la subsanación del incumplimiento en el CV no son tan restrictivas como las del CESL, pues permiten rechazarla cuando no se pueda llevar a cabo en un plazo razonable o sin causar a la víctima del incumplimiento inconvenientes irrazonables o incertidumbre sobre el reembolso de los gastos en que haya incurrido (art. 48.1 CV).

del contrato, pueda subsanar el incumplimiento a su costa si lo hace en un plazo de tiempo razonable. Como en el CESL, la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender su propio cumplimiento mientras la subsanación no se haga efectiva, y tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios cuya producción en detrimento de la parte agraviada por el incumplimiento no pueda ser evitada por las conductas o medidas de la subsanación (art. 417-2.3 ALCM).

1.4. Acumulación de remedios

El CESL permite acumular los remedios contractuales que son compatibles (art. 106.6 CESL). El comprador puede exigir la resolución del contrato y la devolución del precio efectivamente pagado [art. 106.1 c) CESL], así como una indemnización de daños y perjuicios (arts. 8.2, 106.6 y 160 CESL). En Derecho español, la acumulación de los remedios resolutorio e indemnizatorio se encuentra expresamente prevista en los arts. 1124 CC, 329 CCom, 1190 y 1202 PMCC, y 511-16.2 ALCM.

Por regla general, el comprador no deberá compensar al vendedor por el uso que haya realizado de los bienes con anterioridad a la resolución, salvo que sea posible demostrar alguna de las circunstancias siguientes: (i) que fue el propio comprador quien motivó la resolución del contrato; (ii) que el comprador tenía conocimiento de la existencia de una causa de resolución antes de utilizar los bienes; (iii) que el uso sin contraprestación o gratuito de los bienes por parte del comprador sería injusto teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, la naturaleza y alcance del uso, y la disponibilidad de otros remedios distintos de la resolución (art. 174.1 CESL)²⁷. El CC español no contiene una norma que obligue al contratante *in bonis* que resuelve a restituir el valor del uso que hubiera hecho de los bienes. El comprador que resuelva el contrato deberá restituir los bienes que le fueron entregados, pero esta restitución no alcanzará al valor asociado al uso de los mismos²⁸ que, en su caso, deberá ser compensado o deducido del resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento que el incumplidor haya de pagar a la otra parte y que haya de recibir el comprador que «usó» los bienes objeto del contrato resuelto.

²⁷ Vid. un análisis del artículo 174 CESL en Christiane WENDEHORST, «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012, p. 21 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)).

²⁸ Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1155-1156.

Tal deducción habría de fundarse en otros principios del régimen del incumplimiento, sea el deber de mitigar los daños (aunque resulte muy difícil considerar que el «no uso» era una medida debida de mitigación, salvo en casos muy singulares), sea la frecuentemente denostada *compensatio lucri cum damno*.

2. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE COMERCIANTES Y CONSUMIDORES (CONTRATOS B2C)

2.1 Incumplimientos resolutorios

En los contratos B2C, el consumidor perjudicado por un incumplimiento puede recurrir inmediatamente al remedio resolutorio (arts. 114-119 y 134-139 CESL), pues el vendedor no tiene, por regla general, facultad de subsanación del incumplimiento o defectuoso cumplimiento [art. 106.3 a) CESL]. El remedio resolutorio se aplicará, de modo similar a como se ha relatado para los contratos interempresariales: (i) cuando el vendedor ha incumplido una obligación esencial del contrato (art. 114.1 CESL); (ii) cuando el vendedor se ha retrasado en la entrega tras haber recibido un plazo adicional para cumplir (arts. 115 CESL); (iii) cuando el incumplimiento es previsible o anticipado (arts. 116 CESL), y (iv) cuando hay una falta de conformidad significativa²⁹ de los bienes con el contrato (art. 114.2 y 155.4 CESL). A diferencia de lo que sucede en los contratos entre comerciantes, no es necesario que el consumidor examine los bienes [art. 106.3 b) CESL] y notifique al vendedor la falta de conformidad [art. 119.2 a) CESL³⁰].

En Derecho español, los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores se pueden resolver *ex artículo 1124 CC* (sobre las características del remedio resolutorio del art. 1124 CC, *vid. supra*) o, tratándose de una compraventa mobiliaria de consumo, si concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 121 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³¹ (en adelante, TRLGDCU). De acuerdo con este precepto, el consumidor

²⁹ El ELI STATEMENT 2012, p. 293, defendió la utilización de la expresión «de escasa importancia», de acuerdo con la terminología de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171/12, de 7.7.1999; en adelante, Directiva 1999/44/CE).

³⁰ Tanto el ELI STATEMENT 2012, p. 297, como la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 eliminan el párrafo 2 a) del artículo 119.

³¹ BOE núm. 287, de 30.11.2007. Aplican el remedio resolutorio del artículo 121 TRLGDCU las SSAAPP Valencia 26.10.2012 (JUR 2013\61568), Valencia 26.12.2012

que haya recibido bienes no conformes con el contrato podrá recurrir a la resolución cuando (i) no sea posible la reparación o sustitución de los bienes no conformes con el contrato, o cuando éstas no se hayan llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y, además, (ii) la falta de conformidad no sea de escasa importancia³². Nótese también que, para los contratos B2C, el artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³³ (en adelante, Directiva 2011/83/UE), estableció el derecho del consumidor a emplazar al vendedor para que cumpliera su obligación de entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias, transcurrido el cual pudiera solicitar la resolución del contrato. Esta regla no se aplicaría cuando el vendedor hubiera rechazado entregar los bienes o cuando el plazo de entrega fuera esencial. La misma ha sido ya traspuesta al Derecho español como nuevo artículo 66 bis TRLGDCU por obra de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias³⁴.

2.2 Límites al ejercicio del remedio resolutorio

En la Propuesta originaria del CESL, los únicos límites al ejercicio del remedio resolutorio en los contratos B2C están en el principio de buena fe contractual³⁵ y en el plazo –breve, en el sistema

(JUR 2013\119809), Barcelona 22.2.2013 (JUR 2013\187135) y La Rioja 10.5.2013 (JUR 2013\201045), entre las más recientes.

³² Para un análisis del concepto de falta de conformidad de escasa importancia, *vid.* Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Artículo 121», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1522-1532, esp. 1529 y ss.; Nieves FENOY PICÓN, «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009, pp. 157-280.

³³ DOUE núm. L 304/64, de 22.11.2011.

³⁴ BOE núm. 76, de 28.3.2014.

³⁵ En el CESL, «buena fe» se define como «una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión» (art. 2.b CESL). *Vid.*, entre otros, Reinhard ZIMMERMANN/Simon WHITTAKER (Eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000; Roger BROWNSWORD, «Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing», en Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE, *Modernising and Harmonising Contract Law*, Sellier de Gruyter, Munich, 2009, pp. 87-114.

del CESL— de prescripción de dos años³⁶ desde que el consumidor conoció, o cabe esperar que conociera, los hechos a partir de los cuales podía ejercitarse el derecho (arts. 179.1 y 180.1 CESL). La resolución —y el resto de remedios puestos a disposición de las partes contratantes— en este tipo de contratos no está sujeta con carácter general al derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento [art. 106.3 a) CESL]³⁷. Sin embargo, el CESL prevé una excepción a esta regla general para los prestadores de servicios, quienes pueden ofrecer al consumidor la subsanación de la falta de conformidad cuando ésta no se derive de una instalación incorrecta de los bienes suministrados mediante un contrato de consumo (art. 155.2 y 3 CESL) y pueda realizarse en un plazo razonable de tiempo, que ha de ser inferior a treinta días [art. 155.5 a) CESL].

Además, como en los contratos celebrados entre comerciantes, la resolución puede ir acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, en principio por la extensión del interés contractual positivo, que coloque al consumidor en la posición en que se habría encontrado si el vendedor hubiera cumplido sus obligaciones correctamente (arts. 8.2, 106.6 y 160 CESL³⁸).

En relación con los límites a la resolución en los contratos B2C, llama la atención que el CESL haya excluido tanto el derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento —salvo para los prestadores de servicios cuando concurren los requisitos señalados anterior-

³⁶ El ELI STATEMENT 2012, pp. 321-322, propuso su sustitución por un plazo de 3 años.

³⁷ Para algunas críticas a esta exclusión, *vid.* Régine FELTKAMP/Frédéric VANBOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 224. Para estos autores, el derecho de subsanación del vendedor parece encontrar su justificación en el principio general de buena fe, que también rige en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores.

La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha previsto una excepción a la exclusión del derecho de subsanación. Según esta Resolución, los derechos de los compradores no estarán sujetos a subsanación por el vendedor «excepto cuando tengan que ver con bienes o contenidos digitales fabricados, producidos o modificados según las especificaciones del consumidor o que estén claramente personalizados (...)». De ahí que el artículo 109.4 faculte a los compradores a negarse a la subsanación si «(...) cuando el comprador sea un consumidor, los remedios del comprador no estarán sujetos a subsanación por parte del vendedor de conformidad con el artículo 106, apartado 3, letra a)», y que el artículo 109.5 CESL establezca que el plazo razonable para llevar a cabo la subsanación no pueda superar los 30 días.

El ELI STATEMENT 2012, p. 277, también contempla la facultad de los vendedores de subsanar «(a) in contracts for the sale of goods or digital content to be manufactured, produced or modified according to the consumer's specifications or which were clearly personalized; (b) in contracts for related services, except in the case of incorrect installation of goods or digital content, and (c) where the consumer notified the seller of the lack of conformity more than six months after risk had passed to the consumer».

³⁸ Reiner SCHULZE (Ed.), *EU Common European Sales Law (CESL) - Commentary*, Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 639 y ss.

mente (*vid. supra*)— como cualquier equivalente funcional a este derecho. En efecto, el CESL no incorpora una jerarquía de remedios que priorice aquellos que comportan subsanación, como la reparación o la sustitución, frente a otro tipo de remedios³⁹. Una jerarquía de este tipo fue introducida en la Directiva 1999/44/CE, que obligaba a los consumidores a exigir la reparación o sustitución de los bienes en primer lugar. Solo en el caso que ni la reparación ni la sustitución fueran posibles, o que los vendedores no hubieran llevado a cabo el remedio escogido por los consumidores⁴⁰ (reparación o sustitución) en un plazo de tiempo razonable o sin causarles grandes inconvenientes, podían los compradores exigir la reducción del precio o la resolución del contrato (art. 3 Directiva 1999/44/CE). Este sistema fue incorporado al ordenamiento jurídico español y se encuentra recogido en la actualidad en el artículo 121 TRLGDCU (*vid. supra*). Mediante esta jerarquía de remedios se ponía de relieve la intención de los legisladores comunitario y español de priorizar el principio de conservación de los contratos concediendo a los vendedores la posibilidad de subsanar las faltas de conformidad.

Los PECL y el DCFR se alejaron del artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE y establecieron sistemas de remedios no jerárquicos (arts. 8:101 PECL y III.-3:101 DCFR)⁴¹ y acumulables (arts. 8:102 PECL y III.-3:102 DCFR). Estas soluciones más recientes inspiraron la regulación del CESL, que faculta a los consumidores a escoger entre el cumplimiento, la suspensión del cum-

³⁹ Sobre los efectos que pueden tener las diferentes secuencias de remedios en los incentivos del vendedor a invertir en calidad, y sobre los efectos que pueden tener los regímenes de remedios jerárquicos y no jerárquicos en la decisión de resolver el contrato, *vid.* Tim FRIEHE/Tobias H. TRÖGER, «On the Sequencing of Remedies in Sales Law», Working Paper (<http://www.uni-graz.at/socialpolitik/papers/Friehe.pdf>), y la bibliografía allí citada.

⁴⁰ La elección de uno u otro remedio se encuentra limitada —además de por la imposibilidad de ejercitar los remedios— por la desproporción, si resulta que una alternativa genera en el vendedor unos costes irrazonables en comparación con la otra, teniendo en cuenta el valor que tendrían los bienes si fueran conformes con el contrato, la importancia de la falta de conformidad y si el remedio alternativo puede llevarse a cabo sin grandes inconvenientes para el consumidor. *Vid.* Massimo C. BIANCA/Stefan GRUNDMANN (Eds.), *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 149-210; Stefan GRUNDMANN, «Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht - insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung», en Claus-Wilhelm CANARIS/Andreas HELDRICH, *Sonderdruck aus: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2007, pp. 307-327; Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149, esp. pp. 127-129.

⁴¹ Según el artículo 8:101 (1) PETL, «[s]iempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9». De forma prácticamente idéntica, el artículo III.-3:101 (1) DCFR establece que «[s]i el deudor no cumple una obligación y el incumplimiento no está justificado, el acreedor puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo».

plimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios (arts. 106.1⁴² y 131.1 CESL), y declara expresamente que los remedios compatibles son acumulables (arts. 106.6 y 131.4 CESL).

Como sucede en los contratos entre comerciantes, el consumidor no tendrá que indemnizar al vendedor por el uso que haya podido realizar de los bienes defectuosos⁴³, salvo que le sea posible al vendedor acreditar las circunstancias ya reseñadas en relación con la compraventa empresarial, esto es: (i) que fue el propio consumidor quien motivó la resolución del contrato; (ii) que el adquirente tenía conocimiento de la existencia de una causa de resolución antes de empezar a utilizar los bienes; (iii) que un uso gratuito de los bienes por parte del consumidor sería injusto teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, la naturaleza y alcance del uso, y la disponibilidad de otros remedios distintos de la resolución (art. 174.1 CESL).

En cambio, el vendedor deberá indemnizar al consumidor por los gastos derivados de la sustitución de los bienes defectuosos (art. 112.1 CESL). Esta norma refleja la solución adoptada el 16 de junio de 2011 por el Tribunal Europeo de Justicia (Sala Primera) en los asuntos *Weber GmbH v. Jürgen Wittmer* (C-65/09) e *Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH* (C-87/09). En el caso Weber, el Sr. Wittmer y la empresa Weber habían celebrado un contrato de compraventa de baldosas pulidas. En el caso Putz, la Sra. Putz y Medianess Electronics habían celebrado un contrato online de compraventa de un lavavajillas. En ambos casos, los bienes resultaron ser defectuosos y la reparación de los mismos imposible. El Tribunal concluyó que cuando la falta de conformidad tuviera que subsanarse mediante la sustitución, los vendedores estarían obligados, o bien a retirar los bienes del lugar donde hubieran sido instalados de buena fe por los consumidores y a instalar los bienes de sustitución, o bien a soportar esos costes de retirada e instalación. Asimismo, entendió que los vendedores no podían negarse a sustituir los

⁴² De acuerdo con la propuesta del ELI STATEMENT 2012, p. 276, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha establecido que los compradores solo podrán escoger entre los diferentes remedios cuando se cumplan sus «requisitos específicos».

⁴³ La doctrina española que ha interpretado el artículo 121 TRLGDCU también entiende que la resolución del contrato no comporta la restitución del valor asociado al uso del producto defectuoso: entre otros, Marta MARTÍN ARESTI, *Las Garantías de los Productos de Consumo*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 164-165; Esther TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011 pp. 1105-1110, pp. 1108-1109; Nieves FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836, p. 795.

bienes defectuosos alegando que los costes derivados de la sustitución eran desproporcionados; ahora bien, sí podían limitar tales costes a una cuantía proporcionada⁴⁴.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REMEDIO RESOLUTORIO

1. LA COMPLEJIDAD DEL REMEDIO RESOLUTORIO Y LOS FACTORES DETERMINANTES DE LAS DECISIONES CONTRACTUALES DE INVERTIR Y CUMPLIR

Todas las decisiones relevantes para las partes contratantes –como la decisión de celebrar un contrato y en qué términos; la de llevar a cabo inversiones específicas; la de revelar información en la fase precontractual; la de cumplir o incumplir el contrato; la de asignar riesgos; la de renegociar el contrato tras la realización de inversiones; la de renegociar el contrato tras el incumplimiento; la de comportarse de una forma u otra tras el incumplimiento, etc.– dependen, directa o indirectamente, del remedio que hayan elegido y, por tanto, de la resolución del contrato como posible vía de tutela frente al incumplimiento.

En este trabajo no pretendemos analizar los efectos de la resolución en todos los escenarios posibles. Renunciamos a cualquier pretensión de exhaustividad tanto en nuestro planteamiento del problema como en nuestros resultados. Nuestro análisis no tendrá en cuenta las decisiones relativas a la celebración del contrato y sus términos, la revelación de información o la asignación de riesgos, sino que se centrará únicamente en las decisiones de generar incentivos suficientes a cumplir y de promover comportamientos efi-

⁴⁴ Vid. algunos comentarios a estas sentencias en Angus JOHNSTON/Hannes UNBE-RATH, «Joined Cases C-65/09 & C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer and Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*. Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 16 June 2011», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 793-808; Victoria PICATOSTE BOBILLO, «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 2012 pp. 1-19, pp. 6-7 (www.mjusticia.es/bmj); Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 87-98; M^a Paz GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 323-337; Nieves FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836, pp. 797 y ss.

cientes *ex post*, así como en los efectos que pueden tener los diferentes tipos de remedios en estas decisiones. De forma secundaria, también haremos alguna referencia al problema de las inversiones específicas.

Desde una perspectiva económica –pero también práctica–, el remedio resolutorio es más complejo que otros, como la indemnización de daños y perjuicios o el cumplimiento del contrato en forma específica. No porque estos sean siempre de gran simplicidad. Por supuesto, a causa de sus dificultades de aplicación –por ejemplo, la supervisión e intervención judicial en distintas modalidades de ejecución forzosa, o los problemas, sobradamente conocidos, de determinación y cuantificación del daño contractual indemnizable–, pero más allá de aquellas, esos remedios se ven afectados por la incertidumbre que se refiere a costes, valoraciones y, en general, variables relevantes en la proyección del contrato hacia el futuro –y los contratos que carecen de esa proyección suelen ser de escasa relevancia o poco susceptibles de ser influidos por el Derecho de contratos– y en su incidencia en esas decisiones contractuales mencionadas más arriba.

La resolución, no obstante, se enfrenta a graves factores de complejidad añadidos a estos que se acaban de reseñar. De una parte, porque su propio funcionamiento como remedio supone que opera a través de la «terminación» de la relación contractual y la eliminación de las consecuencias o resultados derivados de las conductas contractuales ya ejecutadas, por medio de la obligación de restitución de lo percibido por obra del contrato (art. 1123.1 CC en relación con el art. 1124 CC, art. 172 CESL). Esta mecánica sujeta el remedio resolutorio de modo aún más esencial a la importante variabilidad de contingencias y circunstancias que caracteriza a todo contrato de una cierta entidad, pues el impacto de la resolución y la consiguiente restitución sobre la situación de los contratantes va a depender, crucialmente, de la «historia» de esa concreta relación contractual.

De otra parte, porque la resolución rara vez viene sola. Los sistemas de Derecho de contratos configuran la resolución como un remedio que, de manera casi necesaria, opera en combinación con la indemnización del daño contractual. Esta conexión genera una fuente adicional de complejidad, pues las decisiones y las conductas de los contratantes habrán de tener en cuenta el efecto combinado de ambos remedios. Como veremos, además, ese efecto combinado con frecuencia no induce los incentivos correctos para los contratantes, y uno puede reducir las ventajas del otro, o exacerbar sus desventajas, de modo que es preciso, a fin de apreciar cabalmente las consecuencias del remedio resolutorio, tener siempre a la

vista la influencia que su interacción con la indemnización de daños trae consigo. Solo de esta manera podremos comenzar a entender los efectos que el juego conjunto de la resolución y la indemnización tendrán sobre las decisiones de los contratantes, en función del tipo de prestación, de la dinámica de su ejecución, de las inversiones hechas por los contratantes y de las posibles variantes de conducta de las partes una vez producido el incumplimiento.

Para empezar, creemos necesario reflexionar sobre la idea de que no es posible conceptuar la resolución como un mecanismo cuya incidencia como remedio pueda apreciarse de manera simple y global para el conjunto del fenómeno del incumplimiento contractual. La resolución es difícil de entender en términos universales, para todos los contratos y para todas las modalidades de incumplimiento. Además, no responde ni se adapta a un modelo general, pues hay una gran variedad de factores –el momento en el cual se incurre en el coste de ejecución del contrato; la existencia, naturaleza y cuantía de las inversiones específicas realizadas; la fluctuación de precios; la existencia de mercados de reventa, etc.– que pueden tener una elevada trascendencia diferencial en cuanto a sus efectos sobre los contratantes y sus incentivos de actuación a la vista de tales efectos.

De entrada, las consecuencias de la resolución dependen del contexto del contrato y de las partes, así como de un elevado número de variables que hacen que la decisión de incumplir –dejando de lado, de momento, la posible indemnización de daños y perjuicios que pueda acompañar, con un importe u otro, a la resolución– sea más o menos costosa. Pongamos un ejemplo: imaginemos que ninguna de las partes contratantes ha invertido esfuerzos en el cumplimiento del contrato ni ha realizado inversiones específicas –inversiones no recuperables y que no producen rendimiento fuera de la ejecución del contrato– antes de que una de ellas decida anunciar su decisión de incumplir la prestación a su cargo. En este escenario, la resolución del contrato no sería un remedio (socialmente) costoso, pues las partes no tendrían que restituirse ninguna prestación –no se ha ejecutado ninguna– ni perderían los esfuerzos e inversiones que hubieran podido realizar para asegurar el cumplimiento del contrato –pues ninguna han realizado–. Por otra parte, en estas circunstancias, el remedio resolutorio por sí solo generaría en la parte potencialmente incumplidora pocos incentivos a cumplir –a evitar incumplir anticipadamente–: salvo que la resolución fuera acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, no supondría ningún coste para la parte incumplidora, quien por tanto no tendría incentivos a evitar el incumplimiento.

Cambiemos ligeramente el escenario: imaginemos ahora que el contrato (el mismo) se ha cumplido prácticamente en su totalidad, que las partes contratantes han invertido esfuerzos y han realizado inversiones específicas importantes, y que las prestaciones realizadas tienen un valor de reventa escaso o incluso nulo. En este contexto, la resolución sería un remedio (socialmente) costoso, pues comportaría la pérdida de todos los esfuerzos de cumplimiento y de todas las inversiones realizadas en atención al cumplimiento del contrato. Además, la amenaza de resolver el contrato, aun cuando no fuera acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, generaría en la parte cumplidora incentivos suficientes a cumplir. Téngase en cuenta que, en este caso, la parte cumplidora no incurriría en ningún gasto, mientras que la parte incumplidora perdería todos los esfuerzos realizados y no podría recuperarlos recurriendo a otro tipo de mecanismos.

Como puede observarse, los efectos económicos de la resolución y los incentivos que puede generar como remedio frente al incumplimiento pueden verse afectados por una gran variedad de factores, como la secuencia temporal de conductas de cumplimiento, las inversiones realizadas por las partes contratantes, las características de los bienes entregados o las condiciones del mercado. Desde este punto de vista, la resolución no será un remedio demasiado costoso para la parte que incumpla el contrato antes de haber invertido nada –o muy poco– en el cumplimiento, y antes de haber realizado sus inversiones específicas, o que cuente con un mercado de reventa donde recolocar los bienes objeto de restitución. En cambio, la resolución será más gravosa –y amenazadora como remedio– si el contrato incumplido tiene por objeto bienes personalizados, que suelen tener un valor de reventa menor, o incluso cero, tras la resolución⁴⁵. Lo mismo sucederá si la parte cumplidora ha utilizado intensamente los bienes con anterioridad a la resolución y no hay una regla legal o contractual que obligue a compensar a la parte incumplidora por la pérdida de valor derivada de ese uso, o si los bienes han perdido valor entre el momento de la entrega y el de la resolución como consecuencia de las fluctuaciones del mercado.

Las inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato –u otro tipo de inversiones vinculadas a la relación contractual– pueden afectar de manera muy importante al funcionamiento de los remedios frente al incumplimiento y, sobre todo, a las consecuencias económicas de la resolución.

⁴⁵ Vid. Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 384.

En una relación contractual, es muy frecuente que las partes contratantes realicen inversiones para asegurar la obtención de todas las ganancias que se puedan derivar del contrato. En economía se suelen distinguir dos categorías de inversiones –específicas y genéricas– en función de si tienen y conservan valor o no fuera de la relación contractual. La literatura económica y del análisis económico del Derecho ha definido las inversiones específicas como aquellos gastos realizados con anterioridad al cumplimiento del contrato que no pueden ser utilizados en otras relaciones contractuales, o que no tienen –o lo tienen escaso– valor fuera del contrato o de la concreta relación entre las partes⁴⁶. En cambio, las inversiones genéricas harían referencia a los gastos que son necesarios en todas, o casi todas, las relaciones contractuales y que, por tanto, pueden ser utilizados en otras relaciones o para con otras partes contratantes. Estas inversiones tienen efectos distintos en los incentivos de las partes contratantes a cumplir o incumplir, o a continuar la relación contractual o resolver el contrato. Cuando las partes incurren en inversiones específicas, y no hay una cláusula contractual o una norma que obligue a pagar una indemnización de daños y perjuicios, los costes de resolver el contrato son más elevados para la parte que realiza la inversión. Por tanto, sus incentivos a resolver el contrato disminuyen, y el efecto negativo de la resolución para la otra parte aumenta. En cambio, cuando las inversiones son genéricas, los incentivos de la parte inversora a resolver el contrato aumentan comparativamente, y el impacto negativo de la resolución disminuye en comparación.

Sin embargo, para un análisis completo de los incentivos a cumplir e invertir es necesario realizar una ulterior distinción dentro de la categoría de inversiones específicas. La literatura económica suele distinguir, en función de la parte que recibe el beneficio de la inversión, entre inversiones egoístas y cooperativas⁴⁷. Las inversiones egoístas benefician a la parte inversora, mientras que las inversiones cooperativas atribuyen beneficios directos a la otra parte contratante⁴⁸. Los remedios frente al incumplimiento

⁴⁶ Vid., entre otros, Richard CRASWELL, «Offer, Acceptance, and Efficient Reliance», *Stanford Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1996, pp. 481-553, pp. 490-491; Yeon-Koo CHE/Donald HAUSCH, «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, p. 125; Alan SCHWARTZ/Robert E. SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 661-707, p. 663.

⁴⁷ Hay una tercera categoría de inversiones específicas –las inversiones híbridas, que combinan elementos de las inversiones egoístas y cooperativas–, pero no serán analizadas en este trabajo.

⁴⁸ Sobre el tratamiento estándar de estas últimas inversiones, vid. Yeon-Koo CHE/Tai-Yeong CHUNG, «Contract Damages and Cooperative Investments», *Rand Journal of Economics*, vol. 30, 1990, pp. 84-105; Yeon-Koo CHE/Donald HAUSCH, «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, pp. 125-147; Alexander STREMITZER, «Standard Breach Remedies, Quality Thresholds and Cooperative Investments», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 2, 2012, pp. 337-359.

contractual afectan de manera distinta a ambos tipos de inversiones⁴⁹.

Por otro lado, la resolución como remedio no solo afecta a las conductas –esfuerzo de cumplimiento, inversiones específicas– previas al incumplimiento. También alcanza a las posteriores, esto es, a los comportamientos de las partes una vez ocurrido el incumplimiento. El bienestar de los contratantes también va a verse influido por los incentivos que el remedio resolutorio y su régimen jurídico inducen sobre esas conductas, señaladamente, del contratante *in bonis*, posteriores al incumplimiento. A su vez, la decisión de utilizar eficientemente –o no– los recursos *ex post* también suele depender de varios factores.

Los costes sociales derivados de la decisión del contratante *in bonis* de resolver el contrato ante el incumplimiento ocurrido serán prácticamente nulos en los casos siguientes: cuando las partes no hayan realizado inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato; cuando el comprador ya haya entregado los bienes a un tercero; cuando los bienes no hayan perdido –o hayan perdido poco– valor tras la entrega; cuando la parte incumplidora tenga un mercado de reventa donde recolocar los bienes objeto de restitución, o cuando el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sea más valioso en manos de la parte incumplidora. En cambio, el coste social derivado de la decisión de resolver será más elevado: cuando las partes hayan realizado inversiones específicas importantes con anterioridad al incumplimiento y posterior resolución del contrato; cuando los bienes vendidos hayan perdido valor tras la entrega; cuando resulte imposible o muy difícil para la parte incumplidora redirigir los bienes restituidos a un mercado de reventa, o cuando el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sería más valioso en manos de la parte cumplidora que si tuviera lugar la restitución de las prestaciones.

⁴⁹ La capacidad de las partes para incentivar la realización de inversiones cooperativas eficientes mediante la celebración de contratos con precio fijo es analizada por Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «On and Off Contract Remedies Inducing Cooperative Investments», *American Law and Economics Review*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 488-516. Para los autores, un precio elevado incentivará una mayor inversión en calidad, que supondrá la entrega de bienes de mejor calidad. La fijación de precios óptimos comportará un nivel de inversión en calidad eficiente, mientras que un precio muy elevado o un precio muy bajo llevarán una inversión por encima o debajo del óptimo, respectivamente. El precio también tendrá efectos en la decisión de cumplir o resolver el contrato. Si el precio está por encima de un determinado nivel, el comprador generalmente resolverá –para recuperar el alto precio. Sin embargo, es posible que, bajo determinadas circunstancias, el vendedor realice inversiones excesivas. Para algunas críticas a este trabajo, Michael AIKINS, «Off-Contract Harms: The Real Effect of Liberal Rescission Rights on Contract Price», *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, 2011, pp. 69-85 (<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal-pocket-part-scholarship/off%20contract-harms:-the-real-effect-of-liberal-rescission-rights-on-contract-price/>).

2. LA COMPLEJIDAD DEL REMEDIO RESOLUTORIO Y LAS DOCTRINAS LIMITADORAS DE SU EJERCICIO

Los sistemas jurídicos, conscientes de la complejidad del remedio resolutorio y de los costes sociales que pueden derivarse del mismo, han creado doctrinas, principios y reglas –entre otros, el requisito de la esencialidad del incumplimiento, el principio *favor contractus* o el derecho de subsanación del vendedor– que modulan su ejercicio y, con frecuencia, lo limitan, en ocasiones de manera muy importante⁵⁰.

2.1 Subsanción del incumplimiento

La subsanación del incumplimiento por el contratante incumplidor es una fuente muy relevante de restricciones al empleo del remedio resolutorio por el contratante *in bonis*. En el CESL, la resolución del contrato se encuentra limitada en los contratos B2B por la facultad del vendedor de subsanar el incumplimiento [art. 106.2 (1) CESL; cfr. art. 106.3 (a) CESL, que declara que los derechos del comprador no están sujetos a subsanación por el vendedor en los contratos B2C⁵¹; sobre la facultad del vendedor de subsanar el incumplimiento en el Derecho español, *vid. supra* los arts. 1200 PMCC y 417-2 ALCM].

El vendedor que ha ejecutado anticipadamente sus obligaciones, pero de manera no conforme con el contrato, puede realizar un nuevo ofrecimiento de cumplimiento, siempre que pueda ser realizado dentro del plazo previsto para el mismo (art. 109.1 CESL)⁵². Esta oferta de subsanación también se puede realizar, a costa del vendedor, tras el vencimiento de la obligación de entrega (art. 109.2 CESL). Con independencia del momento en que se realice, los compradores que acepten la subsanación podrán suspender el cumplimiento de sus obligaciones pero no podrán recurrir a otro tipo de

⁵⁰ En relación con la pérdida del derecho a resolver el contrato, *vid.* Mindy CHEN-WISHART/Ulrich MAGNUS, «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 668 y ss.

⁵¹ Sobre las propuestas y modificaciones del derecho de subsanación en los contratos entre comerciantes y consumidores, *vid. supra* nota al pie 37.

⁵² Las reglas en materia de subsanación del DCFR son prácticamente idénticas a las del CESL (*cfr.* arts. III.-3:201 to III.-3:205 DCFR). La regulación de los PECL es más concisa, pues únicamente permite subsanar cuando todavía no ha llegado el momento del cumplimiento o el retraso no constituye un incumplimiento esencial (art. 8:104 PECL). El CV reconoce el derecho de los vendedores a subsanar el incumplimiento –también los documentos defectuosos (art. 34 CV)– antes (art. 37 CV) o después (art. 48 CV) de la entrega.

remedios (art. 109.6 CESL)⁵³ y, en particular, no estarán autorizados a resolver el contrato.

2.2 Incumplimiento esencial y no esencial

Los sistemas jurídicos también han tratado de evitar el ejercicio del remedio resolutorio limitando su aplicación a los incumplimientos esenciales y restringiendo en cierta medida la incorporación de cláusulas contractuales que permitan acudir a la resolución cuando una de las partes haya incurrido en un comportamiento de incumplimiento que pudiera considerarse irrelevante.

El CESL solo permite acudir a la resolución cuando el incumplimiento afecta a una obligación esencial del contrato (arts. 114.1 y 134 CESL; *vid. supra* la doctrina jurisprudencial que ha interpretado el art. 1124 CC, así como los arts. 1199 PMCC, 417-1 y 511-18.2 ALCM)⁵⁴. Cuando recae sobre una obligación secundaria, la parte perjudicada por el incumplimiento debe recurrir a otro tipo de remedios. Asimismo, el CESL solo permite resolver los contratos de compraventa de bienes cuando hay una falta de conformidad significativa (arts. 114.2 y 155.4 CESL; el art. 121 TRLGDCU exige que la falta de conformidad no sea de «escasa importancia»)⁵⁵.

El requisito de la esencialidad también está presente en las normas que regulan los contratos de cumplimiento divisible. El incumplimiento que recaiga sobre una parte de las obligaciones contractuales solo permitirá resolver el contrato en relación a esa parte, salvo que el incumplimiento sea esencial o revista tal entidad que permita justificar la resolución del contrato en su totalidad (arts. 117 y 137 CESL)⁵⁶. De forma similar, el artículo 511-19.2 ALCM solo permite resolver el contrato en su totalidad cuando la entrega parcial, no conforme al contrato o afectada por derechos o pretensiones de terceros, tiene la consideración de incumplimiento esencial.

Con carácter general, la resolución como remedio se reserva para incumplimientos cualificados, que revisten cierta intensidad o seriedad en cuanto a su relevancia y alcance. Sin embargo, la eficiencia del requisito de la esencialidad debe valorarse teniendo en cuenta las características del contrato y, en particular, la posibilidad de llevar a cabo su cumplimiento en fases o etapas, la posibili-

⁵³ Cfr. artículo III.-3:204 (1) DCFR.

⁵⁴ Cfr. artículos 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, 49 y 64 CV. El artículo 241 del *Restatement (Second) of Contracts* establece una lista de circunstancias que son relevantes para determinar si un incumplimiento es esencial.

⁵⁵ Cfr. artículo IV. A. – 4:201 DCFR. La misma solución se aplica en el art. IV. D. – 4:201 (3) DCFR a los contratos de mandato.

⁵⁶ Cfr. artículos 9:302 PECL, III.-3:506 DCFR y 51.2 CV.

dad de renegociar sus términos *ex post*, la secuencia de comportamientos de las partes, la existencia y naturaleza de las inversiones específicas, y la existencia y cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios que puedan acompañar a la resolución.

El funcionamiento de los contratos de ejecución periódica permite ilustrar los efectos del cumplimiento en fases o etapas sobre los incentivos de las partes a resolver o no resolver el contrato⁵⁷. En los contratos de ejecución periódica, las partes pagan el precio, entregan los bienes o prestan los servicios en las fechas contractualmente pactadas. Además, en caso de incumplimiento, suelen prever el derecho de la parte perjudicada por el incumplimiento a exigir la resolución del contrato, una indemnización del interés contractual positivo y, si el cumplimiento previo ha sido suficientemente defectuoso, la cancelación de las futuras entregas. En este ámbito, limitar el remedio resolutorio a los incumplimientos esenciales desincentivaría la realización de inversiones específicas por parte del comprador, pero promovería el principio de conservación de los contratos, pues crearía en el vendedor los incentivos necesarios a cumplir de manera eficiente⁵⁸.

La posibilidad de que la parte perjudicada por el incumplimiento obtenga, tras la resolución, una indemnización de daños y perjuicios también puede tener efectos sobre los incentivos de las partes a resolver el contrato. Cuando la indemnización es infracompensatoria del verdadero impacto negativo del incumplimiento y, por tanto, incapaz de generar incentivos suficientes a cumplir, la resolución del contrato puede ser capaz de complementar tales incentivos de manera adecuada y eficiente. Sin embargo, esta eficiencia dependerá de la cuantía de la indemnización. Cuando la cuantía de la indemnización no es demasiado elevada –indemnización del interés contractual negativo o restitución de una parte de las prestaciones–, no es necesario exigir que el incumplimiento sea esencial para generar incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la cuantía es importante –indemnización del interés contractual positivo que no resulte infracompensatoria, o restitución de todas las prestaciones ya ejecutadas por el contratante *in bonis*–, el requisito de la esencialidad suele ser necesario para generar tales incentivos. Es decir, que económicamente existe una correlación negativa entre facilidad de acceso al

⁵⁷ Sobre el tratamiento de los contratos con entregas periódicas, *vid.* Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, núm. 2, 2007, pp. 121-149, pp. 145 y ss.

⁵⁸ Sobre algunas razones para limitar el ejercicio del remedio resolutorio a casos de cumplimiento suficientemente defectuoso, *vid.* Bernhard GANGLMAIR, «Early Contract Termination, Performance-Contingent Control Rights, and Specific Investment», Working Paper, 2012 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983040).

remedio resolutorio –por ejemplo, umbral reducido de esencialidad; no subsanación del incumplimiento; ausencia de plazos de comprobación; plazos extensos de ejercicio del remedio resolutorio– y montante de la indemnización o compensación económica al contratante *in bonis* que resuelve. Una facultad de resolución liberalmente concedida no conviene que se acompañe de indemnizaciones elevadas que motiven al contratante *in bonis* a resolver –y hacerlo le será fácil en este escenario de régimen resolutorio «liberal». Y al contrario, regímenes restrictivos de resolución pueden y, acaso deben, en ciertas modalidades de incumplimiento, venir de la mano de ventajas monetarias –plena indemnidad del contratante *in bonis*– para quien opta por resolver el contrato.

Estas consideraciones conectan de manera inmediata con una cuestión ampliamente debatida entre nosotros hace pocas décadas. Las mismas acaso aconsejarían reconsiderar o reabrir en parte aquella discusión doctrinal –aparentemente superada– de finales de los años 80 del siglo pasado sobre el interés indemnizable en Derecho español en caso de resolución. Mientras que un sector de la doctrina, encabezado por Jesús Delgado Echevarría⁵⁹, había defendido que el acreedor perjudicado por el incumplimiento tenía derecho a percibir una indemnización que le colocara en la situación en la que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato –interés contractual negativo–, otro sector de la doctrina, encabezado por Fernando Pantaleón Prieto⁶⁰, se había decantado por el otorgamiento en estos casos de una indemnización que colocara al acreedor en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido o ejecutado correctamente –interés contractual positivo.

Para el profesor Delgado Echevarría, la resolución del contrato tenía efectos retroactivos –como los efectos de la rescisión *ex art. 1295 CC*, al cual se remitía el *art. 1124 CC*, y los de la nulidad *ex art. 1303 CC*– y, por tanto, la indemnización de daños y perjuicios debía colocar al acreedor cumplidor en el estado jurídico anterior a la celebración del contrato, como si aquél jamás se hubiera celebrado. Según esta corriente doctrinal, no tenía sentido que el acreedor que hubiera resuelto el contrato por su propia iniciativa pudiera pre-

⁵⁹ Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788, p. 3784. *Vid.*, en un mismo sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207, p. 5192.

⁶⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153; Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», tomo XLVI, fasc. 4, 1993, pp. 1719-1746, p. 1734.

tender colocarse luego en la posición en que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido correctamente, pues las obligaciones derivadas del mismo habrían desaparecido por obra de la resolución.

En cambio, para el profesor Pantaleón Prieto, lo anterior se trataba «(...) de un argumento de pura lógica formal y construido además sobre arenas movedizas, por cuanto su premisa mayor –la resolución “significa ineficacia *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que tienen en él su fuente”– se presupone sin demostrarla»⁶¹. El recurso al efecto retroactivo de la resolución debía circunscribirse a los problemas relativos al alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones realizadas y a la eficacia o ineficacia de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, pero en ningún caso debía extenderse al problema de la compatibilidad o no de la resolución con una indemnización del interés contractual positivo o de cumplimiento.

Los autores que analizaron esta cuestión con posterioridad⁶², y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³, se pronunciaron mayoritariamente en favor de la segunda opción⁶⁴. Más recientemente, algún autor ha sostenido que, en los casos de incumplimiento contractual, el acreedor puede elegir entre el interés contractual positivo y el negativo⁶⁵.

⁶¹ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153.

⁶² Entre otros muchos, Fernando GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, p. 41; Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 43-44; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 876; Fernando GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007, 2007, pp. 1-49, p. 20 (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).

⁶³ *Vid.*, entre otras, las SSTs, 1ª, 12.5.2005 (RJ 2005\6377), 30.7.2012 (RJ 2012\9006).

⁶⁴ Sobre la indemnización por resolución del contrato en los PECL y el DCFR, *vid.* Ana SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret* 2/2009, 2009, pp. 1-32 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf). Asimismo, sobre la medida del interés indemnizable en la PMCC, *vid.* Mario E. CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, pp. 1-17, p. 14 (www.mjusticia.es/bmj); Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685, pp. 1615 y ss., que entienden que el artículo 1202 PMCC, en relación con los arts. 1205 y ss. PMCC, hace referencia al interés contractual positivo.

⁶⁵ Según Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 1178, «[e]l acreedor puede optar por una u otra vía de resarcimiento, positiva o negativa, salvo que en el contrato se haya establecido una fórmula determinada o ésta resulte de la ley». Más adelante (p. 1183) añade que «[e]sta elección está a disposición del acreedor incluso si ejercita la facultad de resolver el contrato incumplido».

El análisis del remedio resolutorio que hemos realizado en las páginas anteriores nos permite aventurar que, bien mirado, acaso ninguna de las dos principales corrientes doctrinales sobre el interés indemnizable estaba del todo en lo cierto o, visto del otro lado, que ambas lo estaban, pero solo en parte. Desde el punto de vista de la eficiencia, no parece que haya ni deba haber una sola medida uniforme y general en cuanto a la indemnización de daños accesoria a la resolución. La medida indemnizatoria asociada a la resolución del contrato no tiene que ser siempre y en todo caso la misma. Podrá ser el interés contractual positivo o el interés contractual negativo dependiendo de las concretas circunstancias del incumplimiento en cada relación contractual y de la mayor o menor facilidad que el ordenamiento jurídico reconozca al acreedor para resolver. Cuando la resolución en sí no suponga coste alguno para el deudor incumplidor y no haya garantías de que el incumplimiento del deudor vaya a ser considerado un incumplimiento resolutorio, una indemnización del interés contractual positivo será probablemente necesaria para generar los incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la resolución sea por sí sola costosa para el deudor incumplidor –por ejemplo, porque este ya ha realizado sus inversiones para asegurar el cumplimiento del contrato y éstas no se pueden recuperar– y hay un cierto riesgo de que el comprador resuelva el contrato de manera oportunista, una indemnización del interés contractual positivo resultará excesiva y acentuará de modo inadecuado el incentivo del comprador a la resolución excesiva e ineficiente, mientras que medidas indemnizatorias atenuadas –incluso llegando, en su caso, al extremo de la exclusión de toda indemnización– resultarán más atractivas como acompañamiento de la resolución por incumplimiento. En términos económicos, lo anterior quiere decir que la facilidad de acudir a la resolución –facilidad tanto por lo que toca a los supuestos en que es admisible, como por las condiciones, modo y plazo de su ejercicio– y la indemnización de daños y perjuicios no son instrumentos complementarios (hay complementariedad entre instrumentos o bienes cuando uno de ellos refuerza el valor y la eficacia, o reduce los costes del otro).

De nuevo aquí surge con fuerza la constatación de la complejidad y la contextualidad de la resolución como remedio. Y ello nos debe llevar a considerar que no caben soluciones uniformes, pues dependiendo de las características de los incumplimientos, de los rasgos de los contratantes y de las dinámicas contractuales será preferible un resultado u otro, una combinación u otra entre régimen resolutorio y modalidad y monto indemnizatorios. Esta forma

de aproximarse al problema podrá ser, acaso, para quienes piensan que las categorías dogmáticas y los conceptos son más importantes que las consideraciones pragmáticas relativas a un instrumento jurídico cuya función principal es auxiliar a los contratantes y potenciales contratantes a realizar los contratos más satisfactorios para su bienestar, considerada insatisfactoria, plagada de inseguridades y huérfana de certidumbres. Pero así es el mundo real de los contratos y de los seres humanos.

2.3 Incumplimiento previsible o anticipado

Las consecuencias socialmente negativas de la resolución que traslucen, aunque sea implícitamente, a las restricciones legales al remedio resolutorio, contrastan con la visión más positiva que suele generar el régimen de la resolución por incumplimiento previsible o anticipado, o –en la terminología del *Common Law*– por *anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*.

Las normas reguladoras del incumplimiento previsible permiten resolver el contrato, aunque no se haya producido todavía el incumplimiento, cuando es posible deducir que la otra parte incumplirá [arts. 116 y 136 CESL⁶⁶; en Derecho español, *vid.* los arts. 1200 PMCC y 417-1 ALCM⁶⁷]. Este régimen facilita la salida del contrato autorizando que las partes puedan recurrir al remedio resolutorio antes de que llegue el momento del cumplimiento⁶⁸. Sin embargo, también prevé restricciones a su ejercicio. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos permiten retractarse de la resolución antes de que la víctima haya cambiado su posición con base en la confianza generada por la misma o antes de que haya entendido la resolución como definitiva [apartados 2-611 UCC y 256 *Restatement (Second) of Contracts*]. Otros solo permiten resolver el contrato si el incumplimiento futuro constituirá un incumplimiento esencial del contrato o un incumplimiento que justifique la resolución del mismo (arts. 116 y 136 CESL⁶⁹; *vid.*, asimismo, los arts. 1200 PMCC y 417-1 ALCM).

⁶⁶ *Cfr.* artículos 9:304 PECL, III.-3:504 DCFR, 72 CV, 2-610 UCC y 253 del *Restatement (Second) of Contracts*.

⁶⁷ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* las SSTs, 1ª, 30.3.2010 (RJ 2010\2538) y 5.2.2014 (JUR 2014\61656).

⁶⁸ Para un análisis comparado del incumplimiento previsible, *vid.* Rosa GARCÍA PÉREZ, «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 37-74.

⁶⁹ *Cfr.* artículos 9:304 PECL, III.-3:504 DCFR y 72 CV.

2.4 Plazo adicional de cumplimiento

Las normas sobre cumplimiento tardío también pueden modular con carácter restrictivo el ejercicio del remedio resolutorio. Un retraso no esencial en la entrega de los bienes, aunque sea un incumplimiento, solo permitirá resolver el contrato cuando el comprador haya concedido un plazo de tiempo adicional, de duración razonable, para cumplir, y el vendedor no haya realizado el cumplimiento dentro de ese plazo (arts. 115 y 136 CESL⁷⁰; asimismo, *vid.* los arts. 1200 PMCC, 417-2.2 ALCM, 66 bis TRLGDCU). Algunas normas han prohibido expresamente que, durante ese plazo adicional, el comprador pueda recurrir a otro remedio frente al incumplimiento –salvo a la indemnización de daños y perjuicios (art. 47.2 CV)–. Otras han tratado de garantizar la conservación de los contratos prohibiendo el otorgamiento de plazos adicionales irrazonablemente cortos [art. III.-3:503 (2) DCFR].

2.5 Plazos de prescripción cortos

El ejercicio del remedio resolutorio también puede verse limitado por el establecimiento de plazos de prescripción cortos o muy cortos, o que lo sean en relación o por comparación con los plazos previstos para otro tipo de remedios.

El CESL prevé dos plazos de prescripción: un plazo corto de dos años y un plazo largo de diez⁷¹ años que puede ampliarse a treinta para la indemnización de daños personales (art. 179 CESL)⁷². El remedio resolutorio está sujeto al plazo general de prescripción de dos años a contar desde que la parte perjudicada conoce o puede conocer los hechos de los cuales puede derivarse el ejercicio del derecho a resolver⁷³. Este plazo puede ser modificado por acuerdo de las partes, pero en ningún caso puede ser inferior a un año o superior a diez (art. 186.2 CESL)⁷⁴. En el ordenamiento jurídico común español, la acción resolutoria del artículo 1124 CC

⁷⁰ *Cfr.* artículos 8:106 PECL, III.-3:503 DCFR y 47 CV.

⁷¹ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha reducido el plazo largo de prescripción a seis años. Por otro lado, tanto la citada Resolución como el ELI STATEMENT 2012, p. 322, incluyen un nuevo párrafo según el cual «[l]a prescripción producirá efecto cuando haya expirado uno de los dos períodos, sea cual sea el primero».

⁷² De forma similar, los PECL y el DCFR prevén un plazo de prescripción general de tres años (arts. 14:201 PECL y III.-7:201 DCFR), que puede ampliarse a diez para los derechos reconocidos en sentencias, laudos arbitrales u otros instrumentos cuyo cumplimiento pueda ejecutarse como si fueran sentencias (arts. 14:202 PECL y III.-7:202 DCFR).

⁷³ *Cfr.* artículos 14:203 PECL y III.-7:203 DCFR.

⁷⁴ *Cfr.* artículos 14:601 PECL y III.-7:601 DCFR.

prescribe en un plazo de 15 años (art. 1964 CC) a contar desde que se produce el incumplimiento. Este plazo ha sido sustituido en el artículo 1201 PMCC por un «plazo razonable desde que [el acreedor] tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía del deudor o de la no conformidad del cumplimiento».

Por otro lado, en la regulación del CESL para los contratos B2B, los compradores pierden su derecho a resolver el contrato si incumplen su deber de notificar la existencia de una falta de conformidad significativa dentro de los dos años siguientes a la puesta a disposición de los bienes (art. 122.2 CESL). En Derecho español, el plazo de comunicación de la falta de conformidad es de cinco días a contar desde que el comprador la conoció o debiera haberla conocido (art. 511-12.1 ALCM). En los contratos entre comerciantes y consumidores, el consumidor y usuario debe informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de este plazo no supone la pérdida del derecho al saneamiento, pero el consumidor y usuario debe asumir los daños o perjuicios derivados del retraso en la comunicación (art. 123.5 TRLGDCU).

2.6 Principio *favor contractus*

Los sistemas jurídicos prevén principios, doctrinas y reglas que promueven, cuando resulta posible y adecuado, el principio de conservación de los contratos (*favor contractus*). Este principio subyace en todos los ámbitos del Derecho de contratos, desde las normas reguladoras de la formación del contrato o de su cumplimiento, hasta las normas relativas a los remedios frente al incumplimiento contractual. Ya se han apuntado varios ejemplos de estas normas –y, sobre todo, de aquéllas que limitan el ejercicio del remedio resolutorio– en apartados anteriores de este trabajo. Así, las normas que solo permiten resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial⁷⁵; las normas que declaran la validez parcial de los contratos de cumplimiento divisible cuando el incumplimiento no constituye un incumplimiento esencial del contrato en su totalidad⁷⁶; las normas que regulan el derecho de los vendedores a subsanar el incumplimiento⁷⁷, o las normas que permiten fijar un plazo adicional para realizar el cumplimiento cuando el retraso en

⁷⁵ Artículos 1124 CC, 1199 PMCC, 417-1 y 511-18.2 ALCM, 114.1 y 134 CESL, 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, 49 y 64 CV.

⁷⁶ Artículos 511-19.2 ALCM, 117 y 137 CESL, 9:302 PECL, III.-3:506 DCFR y 51.2 CV.

⁷⁷ Artículos 417-2.1 ALCM, 109 CESL, 8:104 PECL, III.-3:201 a III.-3:205 DCFR y 34, 37 y 48 CV.

la entrega no constituye un incumplimiento esencial⁷⁸. Es corriente entender que estas son ilustraciones o expresiones singulares de un principio general de favorecer el mantenimiento del contrato⁷⁹. De existir tal principio, más allá acaso de sus manifestaciones singulares, de por sí podría constituir un instrumento adicional para modular de forma restrictiva el uso del remedio resolutorio.

3. ALGUNOS PROBLEMAS LIGADOS AL EJERCICIO DEL REMEDIO RESOLUTORIO DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

El ejercicio del remedio resolutorio plantea tres problemas de eficiencia desde el punto de vista del análisis económico del Derecho de contratos: (1) el remedio resolutorio por sí solo no genera –puede no generar, sería más preciso– en los vendedores incentivos suficientes a cumplir; (2) el remedio resolutorio puede generar en los compradores incentivos a tomar decisiones ineficientes *ex post*, y (3) el remedio resolutorio puede generar problemas de riesgo moral o resolución oportunista por parte de los compradores.

3.1 Incentivos insuficientes a cumplir

Es posible que la resolución del contrato y la subsiguiente restitución de las prestaciones no protejan suficientemente a la víctima de un incumplimiento en el sentido de que no despierten la motivación cumplidora suficiente en quien puede verse tentado a incumplir. Pensemos, por ejemplo, en los casos de incumplimiento anticipado u otros similares en los que, en ausencia de indemnización, la resolución es un magro incentivo para disuadir el oportunismo de quienes se niegan a cumplir al poco de obligarse a ello.

⁷⁸ Artículos 1200 PMCC, 417-2.2 ALCM, 115 y 135 CESL, 8:106 PECL, III.-3:503 DCFR y 47 CV.

⁷⁹ Para un análisis del fundamento teórico del principio *favor contractus*, vid. Bertram KELLER, «Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract», en Camilla B. ANDERSEN/Ulrich G. SCHROETER (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, UK, 2008, pp. 247-266, pp. 249-250. En Derecho español, vid., Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al artículo 1284», en Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978-, pp. 1-5 (<http://app.vlex.com/#!/vid/articulo-1-284-232677>); Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 498-499; José Ramón GARCÍA VICENTE, «Artículo 1284», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9185-9186; asimismo, las SSTs, 1ª, 22.10.2013 (RJ 2013\7810), 23.10.2013 (RJ 2013\7811), 27.12.2013 (RJ 2013\8420), 5.2.2014 (JUR 2014\61656).

Además, aunque la literatura económica clásica había entendido que una indemnización del interés contractual positivo generaba en el vendedor incentivos suficientes a cumplir⁸⁰, algunos trabajos más recientes han puesto de relieve que, bajo determinadas circunstancias, ni siquiera el otorgamiento de esta indemnización generará en los vendedores incentivos bastantes a invertir en calidad para entregar bienes conformes con el contrato ni compensará adecuadamente a los compradores⁸¹. Las limitaciones del remedio resolutorio y de la indemnización de daños y perjuicios para generar, por sí solos, incentivos a cumplir han llevado a sugerir una combinación de ambos remedios⁸².

Sin embargo, esta combinación también presenta inconvenientes, pues puede afectar negativamente a la decisión de mantener o resolver el contrato *ex post* y puede incentivar comportamientos oportunistas por parte de los compradores. En definitiva, hay un *trade-off* importante entre ofrecer mecanismos suficientemente potentes para reducir el primer problema –insuficientes incentivos a cumplir si el remedio resolutorio no es adecuadamente complementado por los remedios monetarios precisos para aumentar su potencia incentivadora de los esfuerzos de cumplimiento– y aumentar los otros dos problemas –si el contratante *in bonis* va a ser compensado íntegramente, tendrá incentivos excesivos desde el punto de vista social para resolver el contrato, lo que provocará que algunos contratos que debieran subsistir (acudiendo el contratante insatisfecho a remedios distintos a la resolución) sean ineficientemente resueltos.

3.2 Comportamientos ineficientes tras el incumplimiento contractual

El remedio resolutorio puede resultar muy costoso, tanto para vendedores como para compradores, en los casos de falta de con-

⁸⁰ Entre otros, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, USA, 2004, p. 304; Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishers, USA, pp. 152-153.

⁸¹ Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «Remedies On and Off Contract», *Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 690-727, esp. pp. 704-708, consideran que la indemnización del interés contractual positivo solo genera incentivos a entregar bienes que cumplen el nivel de calidad previsto en el contrato y que estos incentivos pueden ser inferiores a los económicamente deseables salvo que la calidad pactada se eleve hasta la calidad máxima disponible. Asimismo, Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 154-155, entiende que, si el comprador que ha recibido bienes no conformes con el contrato, únicamente pudiera exigir una indemnización del interés contractual positivo, el vendedor podría forzar una compraventa de bienes no conformes, pues la carga de persuadir al tribunal sobre la diferencia de valor entre los bienes conformes y los bienes efectivamente entregados recaería sobre el comprador.

⁸² Sobre la combinación del remedio resolutorio y de la indemnización del interés contractual positivo *vid.*, entre otros, Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «Remedies On and Off Contract», *Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 690-727, pp. 720 y ss.

formidad. Es posible que el vendedor tenga que incurrir en gastos para recuperar los bienes defectuosos de manos del comprador y para revenderlos posteriormente en un mercado secundario (por ejemplo, gastos de transporte, gastos de contratación de seguros, honorarios de abogados en caso de conflicto, gastos administrativos, etc.). A su vez, es posible que el comprador tenga que incurrir en gastos para conseguir bienes sustitutivos en el mercado⁸³. En estos casos, el escenario más deseable y barato *ex post* puede no ser el de la resolución del contrato, sino el de la subsanación del incumplimiento, o el del cumplimiento del contrato en forma específica mediante la reparación de los bienes no conformes.

Además, el problema de la selección adversa –o de asimetría de información sobre el estado actual de los bienes tras la entrega– puede hacer que los bienes sean más valiosos en manos de los poseedores actuales, aunque se hayan revelado defectuosos. Cuando los bienes tengan más valor en manos del comprador que en las manos del vendedor, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios serán remedios más eficientes que la resolución del contrato y la consiguiente restitución de las prestaciones.

El mismo razonamiento resultará de aplicación si aquel que puede proporcionar bienes conformes con el contrato a menor coste continúa siendo la parte incumplidora⁸⁴. Es perfectamente imaginable que el contratante mejor situado –es decir, quien podrá hacerlo a menor coste conjunto de ambas partes– para reemplazar el bien o la prestación no conforme siga siendo el contratante inicial que realizó la prestación insatisfactoria. En estos casos, la resolución del contrato en lugar de la sustitución por otro bien será un remedio socialmente ineficiente *ex post*.

En todos estos casos, el ejercicio del remedio resolutorio conducirá a un resultado subóptimo para las partes y, por tanto, malgastará recursos económicos. Y no debe pensarse, además, que si eso perjudica al incumplidor pues que tanto da entonces, pues en su mano está evitar tales perjuicios cumpliendo el contrato. Hay que observar que, de un lado, el incumplimiento no siempre es voluntario, sino producto de otros factores no necesariamente achacables al incumplidor o controlables por él –aumento de costes, cambio de circunstancias, negligencias no evitables en concre-

⁸³ George L. PRIEST, «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1978, pp. 960-1001, pp. 963 y ss.; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 156.

⁸⁴ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 155.

to, etc. De otro, que esas conductas ineficientes *ex post* por parte del contratante *in bonis* pueden ser anticipadas por el otro, al momento de contratar, y por tanto dar lugar a un empeoramiento de los términos del contrato: si el vendedor anticipa que sufrirá costes por la ineficiente conducta *ex post* (al incumplimiento del vendedor) del comprador, los considerará un coste más del contrato y los repercutirá sobre todos los compradores a través de precios más altos por los productos.

3.3 El problema del riesgo moral o de la resolución oportunista tras el incumplimiento contractual

El comprador puede servirse del remedio resolutorio como pretexto para abandonar un contrato que ya no le interesa, sobre todo cuando el incumplimiento del mismo le reporta mayores beneficios que su cumplimiento. Los costes *ex ante* de los vendedores aumentarán y el bienestar conjunto derivado de la celebración del contrato disminuirá si el ordenamiento jurídico faculta al comprador a resolver el contrato en situaciones reconducibles a estas o similares: cuando, entre la celebración del mismo y la entrega de los bienes, ha cambiado sus preferencias respecto de la decisión de celebrarlo en las condiciones pactadas; cuando en ese mismo periodo los precios de mercado han caído considerablemente y, por tanto, puede adquirir los mismos productos a menor precio; cuando ha continuado utilizando los bienes tras haber tomado la decisión de resolver, o cuando el vendedor ha incumplido una obligación no esencial⁸⁵.

IV. CRÍTICAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REMEDIO RESOLUTORIO, ESPECIALMENTE EN EL CESL

Como ya hemos señalado más arriba, el CESL, de entre los distintos textos y propuestas de Derecho contractual europeo, consti-

⁸⁵ George L. PRIEST, «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, núm. 91, 1978, pp. 960-1001, p. 966; Andrew KULL, «Restitution as a Remedy for Breach of Contract», *Southern California Law Review*, vol. 67, pp. 1465-1518, p. 1501; Francesco PARISI, «The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis», *American Journal of Comparative Law*, núm. 52, 2004, pp. 403-430, pp. 420-421; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 158-159. Este último autor cita una forma extrema de comportamiento oportunista, en la que un comprador resuelve un contrato alegando un defecto que no existía en el momento de la entrega, transformando de este modo el contrato de compraventa en uno de arrendamiento con renta cero o prácticamente cero.

tuye la expresión con posibilidad más inmediata de convertirse en norma actualmente vigente. Ello explica el elevado grado de atención crítica que ha atraído desde su publicación, y la materia resolutoria no es una excepción a ella. Por ello, dedicaremos este apartado a sintetizar las posiciones críticas referentes al régimen del remedio resolutorio en el CESL, y el próximo apartado lo reservaremos para la evaluación de dichas posiciones discrepantes. Conviene advertir, sin embargo, que los argumentos empleados, tanto en la crítica como en el análisis de la misma, son de naturaleza general, y no de detalle regulatorio o técnico, y por eso mismo son de alcance e interés general para otros ámbitos normativos, incluido el Derecho español.

Diversos autores han criticado el régimen jurídico de CESL por su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas económicos que se derivan del remedio resolutorio (*vid. supra*)⁸⁶. De hecho, se ha llegado a afirmar que algunas de las soluciones previstas para los contratos B2C pueden agravar tales problemas.

Una primera crítica al CESL se ha centrado en la falta de previsión de un derecho a subsanar el incumplimiento –o de un equivalente funcional a este derecho, como una jerarquía de remedios que priorice la reparación o la sustitución por el vendedor originario– en el régimen de los contratos B2C (*vid. arts. 106.3, 155.2 y 155.3 CESL*). El consumidor que ha recibido bienes defectuosos puede resolver inmediatamente el contrato –o recurrir a cualquier otro remedio–, sin tener que esperar a que el vendedor ejercite su derecho de subsanación. Dado que la elección del remedio frente al incumplimiento corresponde exclusivamente al consumidor, éste no tendrá incentivos a valorar el coste que pueda tener para el vendedor el ejercicio del remedio elegido. En este contexto, si el resultado económicamente más eficiente –la subsanación o la eliminación de la falta de conformidad mediante la reparación o sustitución de los bienes– es sacrificado en favor de la resolución, el consumidor tomará decisiones ineficientes *ex post*, pues resolverá el contrato demasiado pronto y con demasiada frecuencia⁸⁷.

El derecho de los consumidores a resolver el contrato en los casos de falta de conformidad ha generado críticas similares. El artículo 114.2 CESL –y, en términos similares, el art. 121 TRLGD-CU– solo permite recurrir a la resolución del contrato cuando el

⁸⁶ Para una crítica de conjunto al régimen de los contratos B2C en el CESL, *vid. Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», Common Market Law Review, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 152 y ss.*

⁸⁷ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 164.

consumidor ha notificado al vendedor la existencia de una falta de conformidad no insignificante. La posibilidad de resolver el contrato por una falta de conformidad irrelevante generaría decisiones ineficientes *ex post* y comportamientos oportunistas. Sin embargo, el artículo 114.2 CESL solo impide que los consumidores puedan resolver el contrato cuando la falta de conformidad es irrelevante –o «de escasa importancia» en el art. 121 TRLGDCU–, pero no cuando, tratándose de un defecto que supera un determinado nivel de falta de conformidad, los bienes han perdido valor entre el momento de la celebración del contrato y la entrega, o cuando los consumidores han cambiado de idea respecto de la decisión de celebrar el contrato en ese mismo periodo⁸⁸.

Por otro lado, la inexistencia en el CESL de una norma que obligue a los consumidores a notificar la resolución del contrato dentro de un plazo de tiempo razonable desde que tienen conocimiento de la falta de conformidad también dejaría, en este criterio, un amplio margen a comportamientos oportunistas, pues permite que los consumidores decidan posponer la notificación de resolución para poder disfrutar de los bienes que van a ser restituidos durante el mayor periodo de tiempo posible.

Una tercera crítica al régimen jurídico del CESL –extensible también al Derecho español de contratos– recae sobre la falta de límites temporales –más allá de los plazos de prescripción– para ejercitar el remedio resolutorio. La inexistencia de un plazo máximo relativamente breve desde la entrega de los bienes para poder ejercitar el derecho a resolver puede incentivar resoluciones oportunistas por incumplimientos inexistentes. Cuanto más tiempo media entre la entrega de los bienes y la resolución del contrato, más probabilidades hay de que los compradores «inventen o manipulen» una falta de conformidad que en realidad no existe o es de poca entidad. De hecho, podría entenderse que el propio CESL promueve este resultado tan indeseable cuando presume que las faltas de conformidad manifestadas dentro de los seis meses siguientes al momento en que los consumidores adquirieron la posesión física de los bienes, ya existían en ese momento (art. 105.2 CESL)⁸⁹. Asimismo, cuanto más tiempo media entre la entrega de los bienes y la resolución del contrato, más probabilidades hay de que los compradores continúen utilizando los bienes defectuosos,

⁸⁸ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 164-165.

⁸⁹ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 165.

aunque ya hayan tomado la decisión de resolver el contrato, reduciéndose de este modo su valor en el mercado de reventa, para esos momentos posteriores, tras la resolución del contrato, en que el comprador devuelve los bienes al vendedor y éste ha de tratar de recuperar algo de sus costes revendiéndolos a un tercero.

Ineficientes, injustificadas o dañinas son algunas de las calificaciones que han recibido las normas del CESL que regulan con carácter imperativo el remedio resolutorio en los contratos B2C⁹⁰. La Exposición de Motivos de la Propuesta intenta justificar la imperatividad del régimen alegando que «[l]os consumidores se beneficiarían así de un mejor acceso a las ofertas de toda la Unión Europea a precios más bajos y se reduciría el número de denegaciones de venta. También disfrutarían de una mayor seguridad sobre los derechos que les asisten cuando realizan compras transfronterizas (...)»⁹¹. Sin embargo, esta justificación ha sido a su vez objeto de varias críticas. Se ha afirmado, por un lado, que las normas imperativas no permiten abordar el problema de la heterogeneidad de preferencias de los consumidores respecto de sus derechos legales⁹². Un nivel de protección elevado aumentará los costes de los vendedores en términos de calidad, mayores costes que se trasladarán a los consumidores en forma de precios más altos. En este contexto, las preferencias de los consumidores son muy variadas: mientras que algunos estarán dispuestos a pagar un precio más alto para conseguir un nivel de protección más elevado, otros preferirán renunciar a sus derechos legales para adquirir productos más baratos.

También se ha dicho que el carácter imperativo del régimen de CESL limita la autonomía privada de las partes para negociar regímenes más eficientes, una situación que no parece demasiado deseable en un contexto en el que las relaciones contractuales pueden llegar a ser muy heterogéneas. Desde este punto de vista, un planteamiento más flexible para los contratos B2C habría permiti-

⁹⁰ Vid. Oren BAR-GILL/Omri BEN-SHAHAR, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125, pp. 111-115; Omri BEN-SHAHAR, «Regulation through Boilerplate: An Apologia», Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 640, University of Chicago Law School, 2013, pp. 1-24 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255161); Horst EIDENMÜLLER, «What can be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 69-84, pp. 80-81; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 165.

⁹¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, p. 4 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

⁹² Oren BAR-GILL/Omri BEN-SHAHAR, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125, pp. 111-115.

do una mejor adaptación de los términos contractuales a las preferencias de las partes contratantes⁹³.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS CRÍTICAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REMEDIO RESOLUTORIO

En este apartado no pretendemos realizar una defensa, y mucho menos una encendida, de la regulación del remedio resolutorio en el CESL, sobre todo para los contratos B2C, en los que esta regulación se ha apartado de manera notable del Derecho europeo vigente. Sin embargo, creemos que, una vez debidamente evaluadas, podemos concluir que algunas de las críticas a ese régimen se han sobredimensionado. Por otro lado, como expondremos en este apartado, entendemos que un derecho a resolver el contrato por incumplimiento del vendedor o proveedor de servicios más generoso para los consumidores que el equivalente concedido a los comerciantes en los contratos interempresariales tiene más ventajas que inconvenientes, también desde el punto de vista de la eficiencia. Este resultado, creemos, tiene especial trascendencia para el caso español, en el que la dualidad de regímenes para las compraventas empresariales y para otras compraventas –singularmente las compraventas a consumidores– es una realidad normativa actual, aunque matizada en la práctica por la jurisprudencia, y que se mantendrá en el futuro, muy previsiblemente, como acreditan los cursos distintos de la PMCC y del ALCM.

A continuación explicamos los motivos que nos llevan a sostener las anteriores afirmaciones.

5.1 El incentivo a la resolución oportunista del contrato

En primer lugar, conviene advertir en relación con el argumento de la elevada probabilidad de acudir de manera oportunista al remedio resolutorio por parte de los consumidores, que el CESL prevé varias herramientas para evitar, en cierta medida, las consecuencias negativas de una resolución oportunista del contrato⁹⁴. Por ejemplo, las normas que obligan a los consumidores que han utilizado los bienes una vez manifestada la falta de conformidad a

⁹³ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 162.

⁹⁴ Vid. Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

pagar el valor monetario de ese uso si se dan unas determinadas circunstancias⁹⁵, precisamente aquéllas en las que el problema del riesgo moral es más grave (art. 174.1 CESL). Asimismo, las que facultan a los consumidores a resolver el contrato tan solo cuando la falta de conformidad es significativa o no menor (art. 114 CESL; en términos similares, *vid.* el art. 121 TRLGDCU). Y, probablemente las más importantes desde el punto de vista del problema del riesgo moral, las que imponen a los consumidores la carga de probar que la falta de conformidad se manifestó dentro de los seis meses siguientes a la transmisión del riesgo (art. 105.2 CESL; *vid.*, en un mismo sentido, el art. 123.5 TRLGDCU)⁹⁶.

Las características distintivas de los contratos B2C también pueden servir para minimizar el riesgo de resoluciones oportunistas y, por tanto, la necesidad de crear herramientas jurídicas *ad hoc* para resolver los problemas derivados de este tipo de comportamientos. Como ya se ha dicho, la probabilidad de que el consumidor resuelva un contrato de manera oportunista está correlacionada positivamente con la indemnización de daños y perjuicios que espera recibir tras el incumplimiento: si la indemnización esperada es elevada, los incentivos a resolver el contrato, en lugar de recurrir a exigir la reparación o a la reducción del precio, también serán elevados. Por otro lado, la cuantía de la indemnización está a su vez correlacionada con el valor de la operación. Cuanto menor sea el valor de una determinada operación, menor será la probabilidad de resoluciones oportunistas, pues también será reducida la indemnización esperada tras el incumplimiento. Dado que la indemnización del interés contractual positivo suele aproximarse a cero en los contratos B2C —¿qué indemnización puede esperar un consumidor que ha devuelto los bienes y no ha incurrido en costes para instalarlos o retirarlos?—, los consumidores tendrán pocos incentivos a resolver el contrato de forma interesada. El resultado será el mismo si se tienen en cuenta los costes derivados de exigir una indemnización de daños y perjuicios. Dado que estos costes suelen ser más elevados para los consumidores que para la mayoría de comerciantes (casi todos los proce-

⁹⁵ Para algunas críticas al artículo 174.1 c) CESL, *vid.* Christiane WENDEHORST, «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)). Según el autor, «[t]he rule in Article 174(1)(c) may create an unacceptable degree of uncertainty and is apt to deter parties from choosing the CESL, and consumers from exercising a right to terminate. The level of consumer protection in the context of termination should be reconsidered, raising the level of protection in restitution, but lowering it in particular aspects concerning the seller's right to cure».

⁹⁶ Sobre algunas opciones de política legislativa que se pueden adoptar para reducir los efectos negativos de una resolución oportunista, *vid.* Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

dimientos judiciales conllevan costes marginales decrecientes como consecuencia de los elevados costes fijos que se derivan de plantear una disputa ante los tribunales y, aun más, de ir a juicio), tales consumidores no tendrán demasiados incentivos a resolver el contrato de manera oportunista. De hecho, la resolución podría llegar a ser un remedio muy costoso para ellos dependiendo del valor de los bienes no conformes que hubieran recibido.

El reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor, aunque ha sido muy criticado por su capacidad para incentivar comportamientos oportunistas, también puede tener, bajo determinadas circunstancias, efectos positivos⁹⁷. Por ejemplo, imaginemos un escenario en el que los bienes pierden valor con independencia del mayor o menor uso que reciben, y en el que la resolución del contrato genera costes elevados para el vendedor. En este contexto, el vendedor tratará de reducir los incentivos del consumidor a resolver el contrato ofreciéndole un precio reducido. Cuanto menor sea el precio de los bienes, menores serán los incentivos de los consumidores a resolver el contrato y, por tanto, a restituir los bienes y exigir la devolución del precio. Por tanto, la «amenaza» implícita que para los vendedores esté implícita en un régimen generoso de resolución en favor de los consumidores, que les (a lo vendedores) reporta pérdidas notables como consecuencia de la depreciación de los bienes tras la entrega, da un incentivo a los vendedores a bajar los precios de venta y, con ello, a reducir los incentivos económicos de los consumidores a optar por la resolución. Cuando los vendedores tienen cierto poder de mercado para fijar los precios —es decir, no estamos en un mercado de competencia perfecta ni en uno totalmente monopolístico— y además las faltas de conformidad no son suficientemente significativas como para privar al consumidor de todo el valor derivado de los bienes, las bajadas de los precios exigidos por los vendedores tendrán un efecto muy positivo para los consumidores sin contrapartidas relevantes en términos de su bienestar.

Hay más razones económicas que permiten defender un remedio resolutorio más fácil o generoso para los consumidores en los contratos B2C. La primera se basa en los efectos que puede llegar a tener la renegociación *ex post* del contrato sobre los incentivos de los vendedores a reducir el precio cuando hay una amenaza creíble de resolución. En las relaciones entre comerciantes, en las que la renegociación es algo habitual, los efectos positivos de la resolución para inducir precios más bajos están abocados a fracasar⁹⁸. De

⁹⁷ Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

⁹⁸ Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, pp. 401-402.

hecho, cuanto más poder de negociación tiene el comprador en la fase de renegociación, menores son los efectos positivos de la amenaza de resolver. En cambio, la renegociación *ex post* no es tan habitual en los contratos celebrados con consumidores, quienes suelen tener, además, un poder de negociación limitado. En estos casos, la amenaza de resolver el contrato puede generar en los vendedores con cierto poder de mercado incentivos suficientes para que estos reduzcan sus precios y con ello desincentivar a los consumidores a resolver el contrato y por tanto a devolver un bien muy depreciado si la falta de conformidad no es excesivamente seria.

La decisión de resolver un contrato B2C también puede depender del conocimiento que tengan los vendedores de las restricciones al ejercicio de ese derecho. Los compradores suelen preferir la resolución a otro tipo de remedios –por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios o la reparación o sustitución de los bienes no conformes con el contrato– porque la simple devolución de los bienes y la exigencia de restitución del precio pagado suele generar menos costes para el consumidor, y porque, desde el punto de vista de la información disponible, la resolución es más fácil de valorar en términos de resultados. Ahora bien, si los vendedores saben que el derecho de los consumidores a resolver está sujeto a restricciones, pueden optar por producir bienes con un nivel de falta de conformidad que haga que los consumidores, quienes en un principio habrían optado por la resolución, decidan conservar el bien no conforme y el contrato. Y, dado que tales consumidores no podrán recurrir a otros remedios –porque son más caros y gravosos de ejercitar para ellos–, los vendedores no tendrán incentivos a evitar las faltas de conformidad. En otros términos, cuanto mayor sea el nivel y/o el coste de resolver el contrato, mayor será el nivel de falta de conformidad «tolerada» que sobrevivirá en el mercado.

Finalmente, el riesgo de que los contratos se resuelvan de manera oportunista por los consumidores para beneficiarse de una caída de precios tampoco parece ser un problema demasiado serio en los contratos B2C si se tiene en cuenta el valor de los bienes objeto de contrato. Cuando se compran bienes en grandes cantidades (como suelen hacer los comerciantes), una pequeña caída de los precios puede hacer muy atractiva la resolución para el comprador, pues permite obtener beneficios elevados al aprovecharse de la bajada de precio. Para los consumidores, en cambio, un incentivo similar solo podría generarlo una gran caída en los precios, de modo que les interesara aprovecharse de un defecto menor para resolver y con ello beneficiarse de los precios más bajos que han prevalecido en el mercado tras el contrato. Dado que resolver, aunque es el remedio más simple

para el comprador, tiene siempre un coste para éste, aunque sea solo en términos de molestias y tiempo, es difícil que, en bienes de consumo⁹⁹, el volumen de bienes adquiridos combinado con la caída de precios sea suficiente para superar el coste fijo de resolver y, así, inducir de manera relevante una resolución oportunista.

5.2 Imperatividad de las normas reguladoras de los remedios frente al incumplimiento contractual en contratos con consumidores

A diferencia de lo que sucede en los contratos B2B, el régimen de los remedios frente al incumplimiento –incluida la resolución– en los contratos B2C no puede ser excluido, derogado o modificado por las partes contratantes (art 108 CESL¹⁰⁰). Aunque esta regla ha recibido varias críticas, hay razones que permiten sostener su eficiencia desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. Los remedios frente al incumplimiento –y, sobre todo, la resolución del contrato, por la gran variedad de consecuencias y efectos que puede generar dependiendo de las circunstancias de la relación contractual y del incumplimiento– no se pueden adaptar perfectamente a las especificidades de un contrato o a las preferencias de las partes contratantes. No es posible crear una norma jurídica abstracta que se adapte a todas las relaciones contractuales posibles. De ahí la importancia de la flexibilidad y de la capacidad de las partes para alejarse de la solución legal por defecto y para diseñar su propio régimen o remedio jurídico. Sin embargo, esta flexibilidad tiene un precio en términos de costes de transacción, mayor incertidumbre y riesgos de que el régimen elegido lo sea precisamente por malas razones, esto es, aquellas que generan ineficiencia, como puede ser el poder de mercado¹⁰¹ u otros factores. Cuando la suma de estos costes sea elevada, la solución legal

⁹⁹ Puede ser distinta la situación en relación con las viviendas, en las que la cuantía invertida por el consumidor en la adquisición supone una parte muy importante de su riqueza y de su renta futura, y en las que, como hemos vivido en nuestras propias carnes, las burbujas y sus pinchazos pueden provocar dramáticas oscilaciones en el precio de los activos. Así, en escenarios como los de estos años de fuerte descenso de precios inmobiliarios, sí es imaginable que los consumidores traten de ampararse en la resolución por incumplimiento para poder deshacer contratos sobre inmuebles que ahora podrían adquirir acaso a menos del 50% del precio pactado en su momento. De hecho, la fuerte presencia de casos de resolución de venta de vivienda a consumidores en los últimos dos años de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede ser evidencia, siquiera anecdótica, de este fenómeno: *vid.*, entre otras, las SSTs, 1ª, 13.11.2013 (RJ 2013\7821), 14.11.2013 (RJ 2013\7300), 20.11.2013 (RJ 2014\448), 11.12.2013 (RJ 2014\286), 23.1.2014 (RJ 2014\790), 6.2.2014 (RJ 2014\836).

¹⁰⁰ Según el ELI STATEMENT 2012, p. 273, el artículo 108 CESL debería generalizarse «(...) to ensure that the parties do not derogate from the rules on the seller's remedies if this would be to the detriment of the consumer».

¹⁰¹ Albert H. CHOI/George TRIANTIS, «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, núm. 98, 2012, pp. 1681 y ss.

generalmente aplicada probablemente será, o deberá ser, resistente al cambio (*sticky*, en la terminología habitual ya en el Derecho de contratos de los EUA) y, por tanto, no podrá ser desplazada por un régimen diseñado contractualmente. En este caso, la flexibilidad no tendrá demasiado valor y no habrá demasiadas diferencias entre un régimen legal «resistente al cambio» –o un régimen que «debera serlo»– y un régimen formalmente imperativo. Creemos que hay buenas razones para pensar que la flexibilidad tiene un valor más elevado en los contratos B2B que en los contratos B2C¹⁰². De ahí que el valor de un régimen dispositivo –y no imperativo– para el remedio resolutorio en los contratos B2C acaso no sea demasiado alto en realidad y, en cualquier caso, sea menor que en los contratos B2B.

Veamos ahora algunas ventajas, en términos de eficiencia, de las soluciones imperativas en los contratos B2C. La primera está relacionada con la naturaleza secuencial tanto de las inversiones en calidad o conformidad que realizan los vendedores, como de las negociaciones de los términos contractuales. Aquí se generan problemas de riesgo moral y de selección adversa que pueden resolverse impidiendo que los consumidores puedan renunciar a sus derechos legales. En el momento de celebrar el contrato, el consumidor es consciente de que la inversión en calidad realizada por el vendedor para producir bienes conformes con el contrato ya está hecha, es irre recuperable y no se puede alterar (es un *sunk cost*). También sabe que la calidad de los bienes es fija, imposible de mejorar ya cuando negocia el contrato, y ello con independencia de los derechos o remedios legales que el contrato tenga asociado: el consumidor sabe que la tostadora o el coche que va a adquirir no será de mejor calidad ni fallará menos en función de los remedios que le hayan sido individualmente otorgados en el contrato. De ahí que el consumidor esté dispuesto a aceptar cualquier descuento que le ofrezca el vendedor a cambio de renunciar a uno o varios de sus derechos legales. En ese momento, el consumidor no tendrá en cuenta los efectos del remedio elegido en los incentivos del vendedor; su única preocupación será calcular si ese descuento es mayor o menor que la pérdida que va a experimentar si el producto resulta ser no conforme con el contrato.

Desde una perspectiva económica, la posibilidad de anticipar que los consumidores estarán dispuestos a renunciar a sus derechos legales *ex post* (y, por tanto, que desaparecerán los incentivos a

¹⁰² Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo aquí a la flexibilidad y variedad de los regímenes jurídicos, y no de los productos y servicios (variedad, diversidad de tipos y calidades, etc.).

producir bienes conformes con el contrato, al menos los que se derivan del sistema jurídico), puede tener un efecto doblemente perjudicial: por un lado, el vendedor puede decidir invertir por debajo del nivel óptimo cuando produzca bienes que pueden ser o no conformes con el contrato dependiendo de la inversión del vendedor; por otro lado, el consumidor puede estar dispuesto a pagar menos por el producto porque la probabilidad de que sea defectuoso será, precisamente a causa del efecto anterior, más elevada. La prohibición de que los consumidores puedan renunciar a sus derechos legales estableciendo un régimen imperativo, no renunciabile, permitirá mejorar los incentivos y el bienestar conjunto de las partes contratantes si presuponemos que el valor que asignan a la conformidad de los bienes con el contrato es suficientemente elevado¹⁰³.

El sistema imperativo de remedios previsto en el CESL para los contratos B2C también puede contribuir a mejorar la riqueza de las partes contratantes cuando hay competencia vertical entre vendedores de niveles de calidad distintos, y un aumento de la calidad de los bienes no aumenta demasiado los costes de los vendedores¹⁰⁴. El establecimiento de un nivel de calidad mínimo de carácter imperativo impide que los vendedores puedan diferenciar los niveles de calidad de los productos. En consecuencia, la competencia en precios crece, los vendedores aumentan el nivel de calidad de los bienes y los precios, teniendo en cuenta ese nivel de calidad más elevado, caen para los consumidores. En este contexto aparecen más consumidores dispuestos a participar en el mercado y todos ellos ganan, pues reciben bienes de calidad superior a la que habrían recibido sin el establecimiento de ese nivel de calidad imperativo fijado por el sistema de remedios.

A pesar de que existen importantes argumentos económicos favorables a la imperatividad del sistema de remedios en los contratos B2C, la realidad indica que un sistema de este tipo también presenta inconvenientes.

En primer lugar, la reducción del espacio de calidad que se deriva de un régimen imperativo supone la desaparición del mercado de algunas combinaciones precio/calidad y, por tanto, la insatis-

¹⁰³ Abraham L. WICKELGREN, «The inefficiency of Contractually-Based Liability with Rational Consumers», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 22, 2006, pp. 168-183.

¹⁰⁴ Uri RONNEN, «Minimum quality standards, fixed costs and competition», *Rand Journal of Economics*, vol. 22, núm. 4, 1991, pp. 490-504. Amplían estas ideas Paolo G. GARELLA/Emmanuel PETRAKIS, «Minimum quality standards and consumers' information», *Economic Theory*, vol. 36, 2008, pp. 283-302; Ezra FRIEDMAN, «Competition and Unconscionability», *American Law and Economics Review*, vol. 15, núm. 2, 2013, pp. 443-494; Fernando GÓMEZ/Juan José GANUZA, «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», *Indret 1/2014*, 2014, pp. 1-30 (<http://www.indret.com/pdf/1035.pdf>).

facción de aquellos consumidores que tienen preferencias distintas a la mayoría en cuanto a tales combinaciones. En segundo lugar, la aplicación de un régimen imperativo tanto a las faltas de conformidad observables como a las no observables genera un problema de riesgo moral, pues los compradores tienen pocos incentivos a inspeccionar los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del contrato. Finalmente, el carácter imperativo del sistema de remedios incrementa los problemas de riesgo moral y de selección adversa, pues los compradores más sensibilizados con el problema de la conformidad, que suelen dar un uso intensivo a los bienes y que están dispuestos a comprar más para obtener mayores beneficios del régimen de remedios, son subvencionados por consumidores con una menor sensibilidad por la conformidad, que dan un uso limitado a los bienes y que no suelen prestar demasiada atención a sus derechos legales.

En definitiva, que desde el punto de vista económico la cuestión del grado de imperatividad del régimen resolutorio en los contratos con consumidores no permite una respuesta fácil. Por ello, es difícil suscribir –o rechazar de plano– las críticas globales al régimen del CESL sobre la base de su carácter imperativo en los contratos B2C.

VI. CONCLUSIONES

El remedio resolutorio, a pesar de su pedigrí histórico y jurídico, y de su presencia, con perfiles no del todo dispares, en las distintas tradiciones jurídicas, no resulta fácil de teorizar de forma global en cuanto a los efectos que los distintos elementos de su régimen jurídico tienen sobre las decisiones contractuales de las partes. La especial complejidad de la operativa de la resolución, y su imbricación estrecha con la dinámica y la historia de cada relación contractual contribuyen en muy buena medida a la complejidad de sus consecuencias y a la variabilidad de las mismas en diferentes entornos de contratos, de escenarios de incumplimiento y de conductas posteriores a éste. Su conexión con el remedio indemnizatorio, que acompaña al resolutorio de modo casi inseparable, añade una vuelta de tuerca más a la complicación, pues ambos instrumentos, resolución e indemnización, no son necesariamente complementarios desde el punto de vista económico.

En este trabajo hemos tratado de poner de relieve cómo esta complejidad se manifiesta en distintos elementos del régimen legal del remedio resolutorio, pero que, aún más allá, sería muy conveniente que en la aproximación al mismo, tanto por el legislador, como por

los tribunales y los intérpretes de un sistema normativo dado, creciera la conciencia de esta complejidad y cómo una convicción en ese sentido milita en contra de soluciones universales o generales, aplicables globalmente a todos los contratos y a todas las situaciones de incumplimiento.

En esta línea, es sintomática la recepción de las soluciones del CESL en materia de resolución, que han sido objeto de opiniones encontradas, la mayoría de tono crítico. Mientras que el régimen aplicable a los contratos entre comerciantes se ha considerado un digno sucesor de los esfuerzos llevados a cabo por los redactores del CV, de los PECL y del DCFR, las normas aplicables a los contratos con consumidores han sido criticadas por ser excesivamente protectoras de estos y por no promover suficientemente la preservación y la estabilidad de las relaciones contractuales.

Por las razones apuntadas de la intrínseca complejidad del remedio resolutorio en cuanto a sus incentivos y efectos de conducta el desacuerdo sobre la eficacia de la regulación del remedio resolutorio –en el CESL, pero también en el Derecho español y en otros sistemas jurídicos– no debiera ser una sorpresa, pues es muy difícil acertar de plano con un régimen –razonablemente– simple, teniendo en cuenta la gran variedad de factores que pueden tener un impacto sobre sus efectos en las distintas dimensiones y decisiones contractuales. En este trabajo hemos intentado poner de relieve esta complejidad, y presentar de manera intuitiva los problemas derivados de la resolución del contrato y, sobre todo, del reconocimiento de un derecho generoso a resolver el contrato por incumplimiento. Asimismo, hemos tratado de identificar las principales ventajas e inconvenientes del remedio resolutorio, tanto en los contratos B2B como en los contratos B2C.

Este análisis ha permitido alcanzar tres grandes conclusiones: en primer lugar, que el diseño de un régimen jurídico para el remedio resolutorio no es una tarea fácil teniendo en cuenta la diversidad de circunstancias que pueden tener incidencia en cuanto a sus efectos; en segundo lugar, que, aunque algunas opciones de política legislativa en la materia parecen tener un impacto negativo en la decisión de las partes a resolver el contrato *ex post*, y sobre todo en los incentivos de los consumidores a resolver el contrato de manera oportunista, no es fácil valorar la seriedad de tales críticas en términos generales debido a la existencia de factores contrapuestos; finalmente, –creemos– que hay razones económicas importantes para crear un régimen resolutorio específico para los contratos con consumidores, aunque planteen cuestiones y problemas similares a los de los contratos interempresariales, pues hay muchos factores

relevantes que apuntan en dirección opuestas respecto de la mejor decisión en términos de eficiencia.

En definitiva, no es fácil valorar en términos generales un régimen jurídico –sea el del CESL, el del Derecho español de contratos, u otro– en materia de remedio resolutorio. Aunque desde una perspectiva económica tendría sentido reconocer a los consumidores un derecho a resolver el contrato más generoso, la bondad de algunas soluciones más específicas –en el CESL, pero también en otros instrumentos o sistemas jurídicos– todavía está sujeta a controversia y, con un poco de suerte, lo estará a evidencia empírica, muy necesaria en éste y en otros terrenos del debate contractual. Con todo, el régimen del CESL contiene suficientes elementos para la reflexión como para que en la tarea prelegislativa española se le preste mayor atención, en éste como en otros temas.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIKINS, Michael: «Off-Contract Harms: The Real Effect of Liberal Rescission Rights on Contract Price», *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, 2011, pp. 69-85 (<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal-pocket-part-scholarship/off%11contract-harms:-the-real-effect-of-liberal-rescission-rights-on-contract-price/>).
- BAR-GILL, Oren, y BEN-SHAHAR, Omri: «Regulatory Techniques in Consumer Protection: a Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125.
- BEN-SHAHAR, Omri: «Regulation through Boilerplate: An Apologia», Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 640, University of Chicago Law School, 2013, pp. 1-24 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255161).
- BIANCA, Massimo C., y GRUNDMANN, Stefan (Eds.): *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002.
- BROOKS, Richard R. W., y STREMITZER, Alexander: «On and Off Contract Remedies Inducing Cooperative Investments», *American Law and Economics Review*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 488-516.
- BROWNSWORD, Roger: «Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing», en Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE, *Modernising and Harmonising Contract Law*, Sellier de Gruyter, Munich, 2009, pp. 87-114.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CHE, Yeon-Koo, y CHUNG, Tai-Yeong: «Contract Damages and Cooperative Investments», *Rand Journal of Economics*, vol. 30, 1990, pp. 84-105.
- CHE, Yeon-Koo, y HAUSCH, Donald: «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, pp. 125-147.
- CHEN-WISHART, Mindy, y MAGNUS, Ulrich: «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.

- CHOI, Albert H., y TRIANTIS, George: «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, vol. 98, núm. 9, 2012, pp. 1665-1744.
- CLAEYS, Ignace, y FELTKAMP, Régine (Eds.): *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law?*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, pp. 1-17 (www.mjusticia.es/bmj).
- CRASWELL, Richard: «Offer, Acceptance, and Efficient Reliance», *Stanford Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1996, pp. 481-553.
- DANNEMANN, Gerhard, y VOGENAUER, Stefan (Eds.): *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
- FELTKAMP, Régine, y VANBOSSELE, Frédéric: «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009, pp. 157-280.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836.
- FRIEDMAN, Ezra: «Competition and Unconscionability», *American Law and Economics Review*, vol. 15, núm. 2, 2013, pp. 443-494.
- FRIEHE, Tim, y TRÖGER, Tobias H.: «On the Sequencing of Remedies in Sales Law», Working Paper (<http://www.uni-graz.at/socialpolitik/papers/Friehe.pdf>).
- GANGLMAIR, Bernhard: «Early Contract Termination, Performance-Contingent Control Rights, and Specific Investment», Working Paper, 2012 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983040).
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 37-74.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una com-

- praventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 323-337.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Artículo 1284», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9185-9186.
- GARELLA, Paolo G., y PETRAKIS, Emmanuel: «Minimum Quality Standards and Consumers' Information», *Economic Theory*, vol. 36, 2008, pp. 283-302.
- GOLDBERG, Víctor: «Protecting Reliance», *Columbia Law and Economics Working Paper No. 454*, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344387).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.
- «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret 3/2007*, 2007, pp. 1-49 (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, y GANUZA Juan José, «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», *InDret 1/2014*, 2014, pp. 1-30 (<http://www.indret.com/pdf/1035.pdf>).
- GRUNDMANN, Stefan: «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149.
- «Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht – insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung», en Claus-Wilhelm CANARIS/Andreas HELDRICH, *Sonderdruck aus: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2007, pp. 307-327.
- JOHNSTON, Angus, y UNBERATH, Hannes: «Joined Cases C-65/09 & C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer and Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*. Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 16 June 2011», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 793-808.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207.
- KELLER, Bertram: «Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract», en Camilla B. ANDERSEN/Ulrich G. SCHROETER (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, UK, 2008, pp. 247-266.
- KULL, Andrew: «Restitution as a Remedy for Breach of Contract», *Southern California Law Review*, vol. 67, 1994, pp. 1465-1518.
- LEISINGER, Benkamin K.: *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007.
- LOOS, Marco B. M., y SCHELHAAS, Harriët: «Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention», *European Review of Private Law*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 105-130.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «Comentario al artículo 1284», en Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978-, pp. 1-5 (<http://app.vlex.com/#/vid/articulo-1-284-232677>).
- LUBBE, Gerhard: «Fundamental Breach under the CISG», *Rebels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, núm. 3, 2004, pp. 444-472.
- MACQUEEN, Hector; DAUNER-LIEB, Barbara, y TETTINGER, Peter W.: «Specific Performance and Right to Cure», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGEN-

- AUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Artículo 121», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1522-1532.
- «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 87-98.
- MARTÍN ARESTI, Marta: *Las Garantías de los Productos de Consumo*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLVI, fasc. 4, 1993, pp. 1719-1746.
- PARISI, Francesco: «The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis», *American Journal of Comparative Law*, núm. 52, 2004, pp. 403-430.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 2012, pp. 1-19 (www.mjusticia.es/bmj).
- POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishers, USA, 2010.
- PRIEST, George L.: «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, núm. 91, 1978, pp. 960-1001.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, pp. 1-27 (www.mjusticia.es/bmj).
- RONNEN, Uri: «Minimum Quality Standards, Fixed Costs and Competition», *Rand Journal of Economics*, vol. 22, núm. 4, 1991, pp. 490-504.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *Anuario de Derecho civil*, tomo XII, fasc. IV, 1959, pp. 1191-1218.
- SCHULZE, Reiner (Ed.): *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- SCHWARTZ, Alan, y SCOTT, Robert E.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 661-707.
- SCOTT, Robert E., y TRIANTIS, George: «Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 1428-1491.
- SHAVELL, Steven: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, USA, 2004.

- SOLER PRESAS, Ana: «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *Indret* 2/2009, 2009, pp. 1-32 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf).
- STREMITZER, Alexander: «Standard Breach Remedies, Quality Thresholds and Cooperative Investments», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, num. 2, 2012, pp. 337-359.
- «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1105-1110.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric (Eds.): *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Sellier, Munich, 2009.
- WAGNER, Gerhard: «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-167.
- WENDEHORST, Christiane: «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)).
- WICKELGREN, Abraham L.: «The Inefficiency of Contractually-Based Liability with Rational Consumers», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 22, 2006, pp. 168-183.
- ZIMMERMANN, Reinhard, y WHITTAKER, Simon (Eds.): *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000.