

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA

Luis Díez-Picazo

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Jesús González Pérez

AURELIO MENÉNDEZ

ALFREDO MONTOYA MELGAR

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho Civil

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

Prólogo

Luis Díez-Picazo

THOMSON



CIVITAS

comprobará enseguida y es en la actualidad, como ya he dicho, uno de nuestros más profundos conocedores de esta siempre difícil pese a las apariencias rama del Derecho privado, por lo que siempre se le leerá con gusto.

Luis Díez-PICAZO

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL¹

La modernización del derecho de obligaciones exige revisar conceptos como los de deuda y responsabilidad. La vinculación contractual hemos de construirla como garantía de un resultado, lo cual traspasa los límites del mero deber de cumplir la prestación. Y la responsabilidad hemos de articular a partir del conjunto de remedios de que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, para satisfacer su interés. Sobre este punto de partida, este trabajo, tras identificar al que podemos llamar nuevo derecho de la contratación, estudia los dos elementos sobre los que se vertebró el nuevo sistema de responsabilidad contractual (concepto unitario de incumplimiento y sistema articulado de remedios); y analiza el proceso de evolución del derecho español hacia esa nueva construcción.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL TEMA.—II. DEUDA Y RESPONSABILIDAD.—III. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—IV. EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN: SU INFLUENCIA.—V. RASGOS DEL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—A. Unificación del supuesto de incumplimiento contractual.—B. Sistema articulado de remedios.—C. La culpabilidad del deudor no es un requisito del incumplimiento.—D. Inserción de la doctrina del riesgo en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual.—E. Modificación de la función de la pretensión de cumplimiento.—VI. ALGUNOS ASPECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL SISTEMA ESPAÑOL.—A. Una idea unitaria de incumplimiento.—B. El papel de la culpa en el incumplimiento.—C. Los derechos del acreedor en caso de incumplimiento.—1. La pretensión de

¹ Ponencia presentada en el congreso conmemorativo del centésimo quincuagésimo aniversario del Código civil Chileno, celebrado en Santiago de Chile, los días 3 a 6 de octubre de 2005. Este trabajo se incluye en el Proyecto de investigación «Hacia la unificación europea del derecho de obligaciones» (SEJ2002-02356).

cumplimiento.-2. La resolución por incumplimiento.-a) La resolución como remedio fundado en el incumplimiento.-b) Resolución e indemnización.-c) Resolución y culpabilidad.-d) Incumplimientos resolutorios.-e) El ejercicio de la facultad resolutoria.-3. La indemnización de daños.-a) Unidad del remedio indemnizatorio.-b) El criterio de imputación.-VII. REFLEXIONES FINALES.

I. Delimitación del tema

El tema que voy a tratar es, «La evolución del concepto de obligación en derecho español». Antes de entrar en el desarrollo del mismo, convendrá que concrete cuál va a ser el objeto de mi exposición.

Me voy a centrar en las obligaciones que surgen de la autonomía de la voluntad, es decir, del contrato. Comparo con el profesor PANTALEÓN la idea de que, «en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario o, si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado»².

Me referiré a los cambios que se han producido en el modo de entender la vinculación contractual, el incumplimiento y sus consecuencias en el derecho español. Aunque me voy a centrar en el derecho español, éste no puede ser considerado de modo aislado. Los cambios que han tenido lugar en él se han producido y se están produciendo en un ámbito superior: el del derecho uniforme, el comunitario de la Unión Europea y, en general, en el derecho comparado. Tales cambios vienen ocupando, desde hace unos años, a la doctrina; no sólo a los cultivadores del derecho internacional, comparado o comunitario de la Unión Europea, sino a los propios civilistas, en sus respectivos ordenamientos internos. Tales cambios hay que situarlos en una corriente renovadora del derecho de obligaciones a la que, para entendernos, voy a denominar, «nuevo derecho de la contratación».

² PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 1993, p. 1719.

II. Deuda y responsabilidad

En la relación obligatoria, en general, y, por supuesto, en la contractual, tradicionalmente se han diferenciado dos aspectos: deuda y responsabilidad.

a) La relación obligatoria es, primariamente, un vínculo jurídico que impone deberes de conducta (deuda): el deber de prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa, art. 1088 CC)³ y, junto a él, otros deberes accesorios. El cumplimiento de la obligación es la ejecución de la conducta debida. Esta idea la expresa el artículo 1091 CC en estos términos: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos». Pero el contenido vinculante de la relación obligatoria no se agota en el deber de conducta del deudor. La relación obligatoria puede implicar, también, la garantía, a cargo del deudor, de satisfacción de un determinado interés del acreedor; es decir, la garantía de ese resultado. Uno de los usos que se ha hecho de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, el que la refiere no al funcionamiento de la prueba⁴, sino al alcance de la vinculación del deudor⁵, refleja precisamente esta idea. Y hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación.

Afirmar que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su

³ La referencia CC se refiere al Código civil español.

⁴ Cfr. sobre la distinción, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, 1991, pp. 5 a 96.

⁵ Cfr. WIEACKER, «Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht», en: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, tomo I, München 1965, pp. 783 ss.

existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor⁶. Supone también, por ello, que la fuerza vinculante de la relación obligatoria opera en los casos de imposibilidad inicial total (la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato)⁷ y que la imposibilidad sobrevinida, incluso total, no imputable al deudor, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria, porque en ambos casos puede operar la garantía del deudor⁸. Igualmente implica que la culpabilidad no tiene que ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento, sino que éste consiste, lisa y llanamente, en la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Este enfoque, en definitiva, permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no circunscribiéndola a un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; permite entenderla como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato.

b) El otro elemento de la relación obligatoria es la responsabilidad⁹. Me parece que los cambios que se están produciendo en el modo de entender la vinculación contractual ponen de manifiesto la necesidad de modificar el concepto de

⁶ Cfr. MORALES MORENO, en DIEZ-PICAZO, *La compraventa internacional de mercancías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, p. 290.

⁷ *Impossibilium nulla obligatio est* (Celso, D. 50,17,185). Esta regla queda contrariada en algunos textos de las fuentes romanas, por ej.: «*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex emptio tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*» (Mod. D.18,1,62,1); sin embargo, ha tenido gran influencia en el tratamiento del problema de la imposibilidad en el derecho moderno (vid., por ej., § 306 BGB, anterior a la reforma). Sobre esta materia cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, 1996, pp. 686 ss.

⁸ Sobre la imposibilidad como límite de la obligación cfr. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, especialmente pp. 100 ss.

⁹ «... [C]onsiste, desde el lado del acreedor, en el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye, y, desde el lado del deudor, en la necesaria sujeción a las consecuencias del ejercicio de aquel poder. Este consiste en exigir coactivamente el cumplimiento o, dicho de otro modo, en poder acometer la ejecución forzosa e iniciar una agresión contra la persona y contra los bienes, o sólo contra los bienes del deudor». (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, ³ *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, p. 61).

responsabilidad, de modo que se adapte mejor a la idea de deuda a que acabo de aludir y a la construcción unitaria del sistema de remedios.

Tradicionalmente, se ha referido la responsabilidad contractual al derecho del acreedor a lograr el cumplimiento coactivo de la deuda, por la vía judicial (pretensión de cumplimiento), u obtener una determinada cantidad de dinero, con cargo al patrimonio del deudor, como compensación por el incumplimiento (normalmente, cuando los incumplimientos son voluntarios e imputables al deudor). Incluso, en una visión restrictiva, se ha mantenido que tal compensación no es otra cosa que el equivalente pecuniario de la prestación no realizada, con la consiguiente limitación de la indemnización de los daños derivados del incumplimiento. Quedan fuera de la noción de responsabilidad contractual los demás remedios con los que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento, distintos de la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria (suspensión de la propia prestación, resolución, reducción de la contraprestación).

Tal idea seguramente proviene del hecho de que el CC español, como otros códigos, construye el régimen general de la obligación sobre el modelo romano de obligación unilateral, dotada de una acción de derecho estricto (*stipulatio*, legado), que sólo permite al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor o de imposibilidad imputable, obtener una condena pecuniaria por el valor de la cosa, que puede ser vista como una indemnización. Pero el nuevo enfoque del incumplimiento, al que me acabo de referir (que toma en cuenta la insatisfacción del interés del acreedor), no sólo permite, sino que aconseja, referir la responsabilidad contractual, no exclusivamente a la ejecución forzosa e indemnización, sino al conjunto de remedios de que dispone el acreedor en caso de «incumplimiento del contrato». Este enfoque permite contemplar la relación obligatoria, no exclusivamente desde la perspectiva del deber, cuyo cumplimiento libera al deudor, sino desde, la más amplia (que no contradice a la anterior) de resultado de satisfacción del interés del acreedor. Los remedios son las vías con que cuenta el acreedor, en caso de incum-

plimiento del contrato, para, en mayor o menor medida, según el caso, satisfacer su interés; o, dicho de otro modo, trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor.

Este enfoque global de la responsabilidad contractual resulta más útil que el enfoque tradicional, disgregador. No es extraño, por ello que el *Restatement (Second) Section 1*, en contraste con los sistemas continentales, defina el contrato en estos términos: «*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*».¹⁰ Y en la doctrina española, un uso del término «responsabilidad» como el que acabo de hacer podemos encontrarlo en Fernando PANTALEÓN en un importante trabajo publicado en el año 1993.¹¹

Por el interés que adquiere en este nuevo enfoque la articulación del sistema de remedios, voy a estudiar a continuación los cambios que en este punto ha experimentado el ordenamiento español.

III. El sistema de responsabilidad contractual en el Código Civil español

El CC español, como otros códigos, contiene normas concernientes a la responsabilidad contractual (en este sentido amplio en el que estoy utilizando el concepto) tanto en su regulación general de las obligaciones y contratos, como en la

¹⁰ No coincide con la definición del Uniform Commercial Code: «Contract, as distinguished from "agreement", means the total legal obligation that results from the parties' agreement as determined by [the Uniform Commercial Code] as supplemented by any other applicable laws». [§ 1-201 (12) UCC].

¹¹ PANTALEÓN: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 ss. En este trabajo no se limita a estudiar el remedio indemnizatorio, como ponen de manifiesto sus palabras iniciales: «Aunque el título de la ponencia que se me ha asignado es, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", espero no contrariar los deseos de los organizadores por haberla extendido a todas las *remedios* o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento». Este trabajo supone un paso adelante en la presentación integrada del sistema de remedios basados en el incumplimiento, con respecto a otro trabajo anterior de este mismo autor: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019 a 1091.

regulación particular de algunos contratos. De todos los contratos es sin duda la compraventa el que tiene un régimen especial más importante y desarrollado. Es preciso reconocer que, con independencia del juicio que merezca este diseño originario del CC, la aplicación del mismo, con el paso del tiempo, no siempre ofrece la necesaria coherencia y armonía.

A continuación, muy brevemente, me voy a referir a los diferentes bloques normativos con los que regula esta materia el CC español.

a) Las **normas generales** sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado. El bloque más importante de preceptos lo encontramos en el libro IV, título I, capítulo II, bajo la rúbrica «De la naturaleza y efecto de las obligaciones» (arts. 1094 ss.). En este lugar, junto a otros extremos (obligación de custodia, derecho a los frutos...), el CC regula aspectos relacionados con la ejecución forzosa de diferentes tipos de obligaciones y la pretensión indemnizatoria, en caso de incumplimiento.

Otro bloque de reglas sobre la responsabilidad contractual lo hallamos en el libro IV, capítulo IV («De la extinción de las obligaciones»), sección 2.ª («De la pérdida de la cosa debida») (arts. 1182 ss.). En este lugar, el CC regula, de modo casuístico, la imposibilidad sobrevenida y sus consecuencias. Se refiere, concretamente, a la pérdida de la cosa debida, en las obligaciones de entregar cosa determinada (arts. 1182 y 1183) y a la imposibilidad legal o física de la prestación, en las obligaciones de hacer (art. 1184). La pérdida de la cosa debida extingue la obligación, siempre que la misma se produzca sin culpa del deudor (culpa que se presume), éste no se haya constituido en mora (art. 1183) y la obligación no provenga de delito o falta (art. 1185). De modo parecido, también queda liberado el deudor, en las obligaciones de hacer, cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible (art. 1184). No se exige expresamente en este caso que la imposibilidad tenga lugar sin culpa del deudor (como en el art. 1182), porque el CC piensa en causas de imposibilidad ajenas al deudor («la prestación *resultare legal o físicamente imposible*»). Por fin, esta sección completa su regulación atribuyendo al acreedor las

acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la pérdida de la cosa (art. 1186).

En el libro IV, capítulo III («De las diversas especies de obligaciones»), sección 1ª («De las obligaciones puras y de las condicionales») el CC dedica un artículo, fundamental, a la resolución por incumplimiento (art. 1124). Es un precepto desplazado y, sin duda, fuera de lugar, cuya ubicación se explica porque el CC atribuye a la resolución por incumplimiento el carácter de condición resolutoria implícita. Pero aporta un reconocimiento general de la figura, aplicable a todas las «obligaciones recíprocas». No sucede lo mismo con la *exceptio non adimpleti contractus*, que carece de una regulación general (siquiera fuere desplazada). Se sitúa en determinados preceptos del régimen especial de algunos contratos, como la compraventa (arts. 1466 y 1502). De modo parecido ocurre con la pretensión de reducción de la contraprestación, en casos de prestación defectuosa, que tiene su sede en el saneamiento por vicios ocultos, en la compraventa (art. 1486 I). Todo esto corrobora la idea de que el modelo tenido en cuenta por el CC no es el de la obligación sinalagmática (sin duda el más frecuente hoy), sino el de la unilateral¹².

Dentro de la regulación general de las obligaciones, el CC contiene reglas de responsabilidad contractual referidas a las obligaciones condicionales (art. 1122 y 1123 II). En esa sección, vuelve a contemplar las consecuencias de la pérdida o deterioro de la cosa en la obligación de dar cosa específica, sometida a condición suspensiva (art. 1122) o resolutoria (art. 1123 II). De nuevo reitera que la pérdida de la cosa sin culpa del deudor extingue la obligación, en tanto que, si media culpa, el deudor queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios (art. 1122, 1 y 2). Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. Mediando culpa, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos (art. 1122, 3 y 4). Estas mismas reglas

se aplican a la obligación de restitución en caso de cumplimiento de la condición resolutoria (art. 1123 II).

b) En la regulación de los contratos en particular (libro IV, título IV ss.), el CC, además de concretar las obligaciones típicas de cada contrato, tiene reglas que, a mi juicio, deben ser consideradas como reglas especiales de responsabilidad contractual. Podemos agruparlas en dos grupos: (1) Unas aplican un régimen especial de responsabilidad (especial, en cuanto a remedios y plazos) a determinadas manifestaciones del incumplimiento, propias del contrato de que se trata. Por ejemplo, en la compraventa, podemos considerar como tales las reglas que regulan el saneamiento (art. 1474) por evicción (arts. 1475 a 1482), por cargas o gravámenes ocultos (art. 1483) o por vicios ocultos (art. 1484 a 1499); también las referentes a las acciones por defectos de cabida en los inmuebles (arts. 1469, 1471 y 1472). (2) Otras, bien se remiten a las reglas generales de responsabilidad (por ej., art. 1766), bien concretan determinadas especialidades en la aplicación de los remedios generales (por ej., art. 1726).

Lo que a primera vista se percibe en esta regulación, es la fragmentación del sistema de responsabilidad contractual. El sistema carece de un concepto unitario de incumplimiento y no considera como tales los supuestos especiales de saneamiento, etc. Ese carácter fragmentario determina complejidad: da lugar a sutiles diferencias en la delimitación de supuestos, diferencias que conducen a fomentar la discrecionalidad judicial. Pensemos, por ejemplo, en las dificultades que ha creado la delimitación del concepto de vicio oculto.

IV. El nuevo derecho de la contratación: su influencia

Al aludir al «nuevo derecho de la contratación» me estoy refiriendo a una nueva construcción del derecho contractual, surgida en el derecho uniforme, por necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del derecho de obligaciones continental.

¹² Cfr. Díez-Picazo, «El derecho de obligaciones en la codificación española», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, I, Madrid, 1990, pp. 707 ss. y 716.

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el instrumento jurídico que sin duda mayor influencia ha ejercido es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el día 11 de abril de 1980 (en adelante CISG). La CISG se ha convertido en un modelo razonable de tratamiento de los problemas del incumplimiento y de la responsabilidad contractual, adecuado a las exigencias del tráfico actual y, en cierta medida, sintetizador y superador de diferencias entre los sistemas jurídicos continentales y el angloamericano. Aunque su materia sea la compraventa internacional de mercaderías, en el régimen de este contrato están presentes los grandes problemas de construcción del sistema de responsabilidad contractual.

El modelo de la CISG ha ejercido y continúa ejerciendo su influencia, en diferentes ámbitos. Su amplia ratificación¹³ supone la penetración de sus principios en los ordenamientos internos de los estados que la han ratificado, aunque su aplicación sólo venga impuesta en las operaciones de comercio exterior¹⁴. No es extraño, por ello, que haya servido de modelo en la redacción de los UNIDROIT *Principles of International*

¹³ Según la información de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) [consultada en internet a 9 junio 2006] la CISG ha sido ratificada por: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Ghana, Grecia, Guinea, Honduras, Hungría, Iraq, Islandia, Israel, Italia, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, República de Moldova, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Serbia y Montenegro, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela (República Bolivariana de), Zambia.

¹⁴ Su sistema de aplicación extiende, en ese ámbito, su utilización: Artículo 1.-1. «La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante».

Commercial Contracts [Principios UNIDROIT]¹⁵. En el ámbito de la Unión Europea también ha ejercido influencia: en los *Principles of European Contract Law*¹⁶ y, concretamente, en el sistema de responsabilidad contractual de estos principios; e igualmente en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹⁷. En esta Directiva, el sistema de responsabilidad del vendedor por la venta de un producto no conforme utiliza el modelo de responsabilidad contractual de la CISG. Añadamos que algunos ordenamientos europeos han orientado sus transformaciones de modernización, hacia el sistema de responsabilidad contractual de la CISG; así: Holanda¹⁸ y Alemania¹⁹.

¹⁵ Su última edición es de 2004. Esta edición, aprobada por unanimidad por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT, celebrado en los días 19 a 21 de abril de 2004, contiene una regulación más amplia que la de 1994. En relación con ellos puede verse, BONELL, «The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», *Uniform Law Review*, 2004, pp. 5 a 40; BONELL, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª ed., 2005; ZIMMERMANN, «Die UNIDROIT Grundregeln des internationalen Handelsvertrages 2004 in vergleichender Perspektive», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/2005, pp. 264-290.

¹⁶ Sobre la primera y segunda parte de los PECL puede verse: *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Prepared by The Commission on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugo Beale, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000; Sobre la tercera parte de los PECL, *Principles of European Contract Law, Part III*, Prepared by The Commission on European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Edited by Ole Lando/Eric Clive/André Patin and Reinhard Zimmermann, *Kluwer Law International*, The Hague/London/Boston, 2003. También, en español, sobre la primera y segunda parte: Luis Díez-Picazo/E. Roxa/A.-M. Morales, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁷ (Diario Oficial núm. L 171 de 07/07/1999 p. 0012-0016).

¹⁸ Cfr. *New Netherlands Civil Code Patrimonial Law (Property, Obligation and Special Contracts)*, translated by HANAPPEL/MACKAY, under the auspices of the Ministry of Justice of The Netherlands, at the Quebec Centre of Private and Comparative Law, Kluwer, Dordrecht/Boston, 1990. La incorporación de la Directiva 1999/44 CE ha dado lugar a una modificación en el año 2003 [Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen].

¹⁹ La reforma se ha producido a través de la Ley de modernización del Derecho de obligaciones (*Gesetz zur modernisierung des Schuldrechts*) publicada el 29.11.2002 y en vigor a partir del 1.1.2002. Sobre ella y su proceso de elaboración, CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002.

La influencia del nuevo modelo se ha dejado sentir, igualmente, en el Derecho español, en diferentes planos. En el plano legislativo el nuevo modelo se aplica a las compraventas internacionales de mercaderías, a partir de la ratificación por España de la CISG²⁰, y se ha incorporado, también, a nuestro ordenamiento, a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo²¹, por la que se transpone la Directiva 1999/44 CE.

En el plano doctrinal, dentro del derecho español se advierte una tendencia orientada hacia la modernización del derecho de obligaciones bajo las directrices del nuevo modelo. Tuvo una gran importancia, en este sentido, el trabajo que Fernando PANTALEÓN publicó en el Anuario de Derecho Civil, el año 1993 [fascículo cuarto], bajo el título «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual». En él diseña, de modo cierto, las líneas maestras conforme a las cuales debe procederse a revisar el derecho de obligaciones español. Es, asimismo, de singular valor, la labor de modernización que ha desarrollado y continúa desarrollando el Prof. Luis Díez-PICAZO, tanto en sus Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil como en otras publicaciones²². El empeño de Luis Díez-PICAZO en la modernización del Derecho de obligaciones español traspasa el plano doctrinal. Como Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ha impulsado los trabajos preparatorios de modernización del libro IV del Código civil español, dedicado a las «obligaciones y contratos», en sus títulos primero («De las obligaciones») y segundo («De los contratos»); y, asimismo, otros trabajos orientados a la modificación del régimen de algunos contratos en el CC²³, como el de compra-

²⁰ Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 de España a la Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena (BOE 26/1991 de 30-01-1991, p. 3170).

²¹ BOE 11-07-2003, pp. 27160 ss.

²² Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho patrimonial civil*³, I Introducción, Teoría del contrato, II Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996; recientemente, el mismo autor: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005. Sobre los PECL: Díez-PICAZO/ROCA TRILLAS/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

²³ Cf. Díez-PICAZO, «Reforma de los Códigos y Derecho Europeos», *ADC*, 2003, pp. 1565-1574.

venta. La regulación de la compraventa en el CC español choca abiertamente con los nuevos principios y resulta difícil de justificar, ratificada la CISG e incorporada al Ordenamiento español la Directiva 1999/44/CE²⁴.

Con anterioridad a la ratificación por España de la CISG, seguramente en la onda producida por los estudios y discusiones de las Leyes Uniformes de la Haya y con ocasión de la génesis de la propia CISG, la jurisprudencia del TS había hecho evolucionar el ordenamiento español hacia el nuevo modelo. Un conocimiento adecuado de esa evolución jurisprudencial nos hace ver que en muchos casos las soluciones del nuevo derecho en materia de responsabilidad contractual estaban ya, de algún modo, presentes en el derecho español. Tendré ocasión de referirme muy brevemente a alguna de esas corrientes jurisprudenciales innovadoras del sistema de responsabilidad contractual.

V. Rasgos del nuevo sistema de responsabilidad contractual

El nuevo sistema de responsabilidad contractual podemos caracterizarlo por los siguientes rasgos.

A. UNIFICACIÓN DEL SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Es incumplimiento cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo. La idea la expresan los PECL en términos bastante elocuentes: «*“non-performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to cooperate in order to give full effect to the contract*» [art. 1:301 (4) PECL]²⁵.

²⁴ Sobre ello MORALES MORENO, «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, 2003, pp. 1609-1651 (*infra* p. 93 ss.).

²⁵ La idea unitaria de incumplimiento aparece en los arts. 45 y 61 CISG (el vendedor o el comprador «no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben»).

Según el nuevo modelo, hay incumplimiento incluso en los casos de imposibilidad inicial, porque el incumplimiento no se predica de la conducta debida del deudor (en cuyo caso podría pensarse: *impossibulum nulla obligatio est*), sino del contrato: es la falta de realización del mismo. El incumplimiento pone de manifiesto el problema de insatisfacción del interés del acreedor y abre el camino a la respuesta del ordenamiento, orientada al reparto de ese riesgo entre los contratantes, a través del sistema de remedios que integran el contenido de la responsabilidad contractual (en el sentido amplio que utilizo). En el ámbito de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato, es preferible hablar de incumplimiento del contrato, en lugar de incumplimiento de la obligación²⁶.

El incumplimiento, entendido de este modo, permite la unificación del sistema de responsabilidad contractual. Desaparece la diversificación de supuestos que implica, en los códigos civiles, la distinción entre el incumplimiento (arts. 1094 ss. CC) y las garantías o saneamientos (arts. 1461 y 1474 ss.), en cuanto sistemas de responsabilidad diferentes. En el nuevo sistema, cualquier supuesto de saneamiento (por evicción, por cargas o gravámenes ocultos, por vicios ocultos) es incumplimiento.

B. SISTEMA ARTICULADO DE REMEDIOS

El nuevo modelo de responsabilidad contractual por incumplimiento ofrece, asimismo, al acreedor para su protección o, si se prefiere, para repartir el riesgo de insatisfacción de su interés, un sistema articulado de remedios. Tales remedios integran el contenido de la responsabilidad contractual, en el sentido en el que aquí utilizo este concepto. Son: la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación (*exceptio non adimpleti contractus*), la resolución, la reducción del precio (contraprestación), la in-

deminización de daños. Estos remedios quedan adecuadamente articulados.

Unos remedios se aplican a todas las obligaciones (tanto unilaterales como sinalagmáticas); así: la pretensión de cumplimiento (con las distintas manifestaciones que la misma puede adoptar; incluso, en la obligación de entregar una cosa, la reparación o sustitución de ésta) y la pretensión indemnizatoria (compatible con cualquier otro remedio). Otros son propios de las obligaciones sinalagmáticas. Así: la resolución por incumplimiento, la reducción del precio o contraprestación (resultado de una generalización de la acción *quantum minus*) y la suspensión del cumplimiento de la propia obligación por razón del incumplimiento de la parte contraria (*exceptio non adimpleti contractus*).

Aunque todos los remedios tienen, como supuesto básico, al incumplimiento, existe cierta diversificación en el supuesto de cada uno de ellos. No todos los remedios exigen los mismos requisitos, ni, salvo alguna excepción (reducción del precio), basta para su aplicación el mero incumplimiento. a) En algunos, importa la tempestividad o no dilación de su ejercicio (pretensión de cumplimiento²⁷, resolución²⁸), por las consecuencias que puede acarrear el ejercicio tardío para la parte contraria (la parte incumplidora). b) En otros se exige cierta magnitud del incumplimiento, calificable de incumplimiento esencial²⁹ (por ejemplo, en la resolución³⁰ o en algunas modalidades de la pretensión de cumplimiento)³¹; o la concesión de un plazo al deudor no cumplidor, para subsanar el incumplimiento, plazo que no es atendido por éste³². c) La indemnización de los daños causados por el incumplimiento, aunque pueda pedirse por el acreedor en cualquier caso de incumplimiento, invocando tan sólo que éste se ha producido, admite exoneración del deudor, si prueba las causas de exoneración

²⁷ Cfr. art. 46.1 y 2 CISG.

²⁸ Cfr. art. 49, 2 CISG.

²⁹ Cfr. art. 25 CISG.

³⁰ Cfr. arts. 49, 1. a) y 25 CISG.

³¹ Así en la CISG para la pretensión de sustitución de la cosa entregada, no conforme, por otra conforme, cfr. art. 46, 2 CISG.

³² Cfr. art. 49, 1. b) CISG.

²⁶ Sobre el incumplimiento en este nuevo sentido y su relación con otras figuras, cfr. MORALES MORENO, en Díez-Picazo, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 289 ss.

que en cada caso establezca el ordenamiento³³. d) También es posible que el supuesto de un determinado remedio sea, exclusivamente, el incumplimiento; tal es el caso de la reducción del precio o contraprestación³⁴.

C. LA CULPABILIDAD DEL DEUDOR NO ES UN REQUISITO DEL INCUMPLIMIENTO

Tradicionalmente la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento, aunque no haya sido necesario al acreedor probar la culpa, porque se ha presumido. Esto es consecuencia del modo tradicional de entender la responsabilidad contractual, circunscrita al remedio indemnizatorio y, a lo más, a la pretensión de cumplimiento. Siendo así, se explica que los requisitos del deber de indemnización (culpabilidad) formen parte del supuesto del incumplimiento.

En el nuevo sistema de responsabilidad contractual al que me estoy refiriendo, la culpabilidad deja de ser un elemento del incumplimiento, sin que esto excluya que pueda serlo del de alguno de los remedios (por ej., de la indemnización de daños, si la construimos, al modo tradicional, basada en la culpabilidad). El cambio es debido a la inserción y articulación, en el sistema de responsabilidad contractual, de remedios distintos de la indemnización (existentes en los Códigos, pero, hasta ahora, dispersos y desintegrados), que operan objetivamente (por el mero incumplimiento o, aunque requieran otros requisitos, sin exigir la culpa: resolución, reducción del precio). La articulación completa del sistema de remedios (cada uno con un supuesto diferente) en una construcción unitaria de la responsabilidad contractual, impone utilizar un concepto de incumplimiento básico, que pueda ser presupuesto de cada uno de ellos.

Además, en el nuevo sistema, la consideración de la relación obligatoria desde la perspectiva de la satisfacción del acreedor y no, exclusivamente, desde el deber de conducta del

³³ Cfr. art. 79 CISG; art. 1105 CC.

³⁴ Así, por ej., art. 50 CISG.

deudor, aconseja tomar como supuesto de la responsabilidad contractual al mero incumplimiento (que provoca la insatisfacción del interés del acreedor).

Y, por lo que se refiere al remedio indemnizatorio, el nuevo sistema tiende a limitar el papel de la culpabilidad³⁵, y a utilizar parámetros más objetivos (esferas de riesgo: esfera de control)³⁶.

D. INSERCIÓN DE LA DOCTRINA DEL RIESGO EN EL ÁMBITO OPERATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Otra consecuencia del nuevo modo de entender el incumplimiento es la absorción de la denominada doctrina del riesgo³⁷ en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual. En la compraventa de cosa específica, la diferenciación entre la doctrina del incumplimiento y la del riesgo tiene sentido en el sistema tradicional de responsabilidad contractual (seguido por el CC, aunque en trance de superación) pero no en el nuevo sistema.

El CC, a propósito de la obligación de entrega de la cosa (específica) vendida, toma en cuenta el estado de ésta en el momento de perfección del contrato³⁸. A partir de ese momento, impone al vendedor, como deudor, un deber de diligencia en su custodia, orientado a la conservación de la misma en tal estado³⁹. Si la cosa se pierde o deteriora por causa imputable al vendedor (incumplimiento doloso o culposo del deber de custodia, o estando en mora)⁴⁰, se aplica la doctrina de la responsabilidad contractual (en el sentido tradicional); su consecuencia es el deber de indemnizar los daños. También

³⁵ Es cierto que la utilización del concepto de culpa no ha impedido introducir ciertas dosis de objetivismo en el deber de indemnizar. El nivel de diligencia exigible para que no exista culpa puede alcanzar cotas muy elevadas, que pueden llegar a aproximar la responsabilidad por culpa a la objetiva.

³⁶ Cfr. art. 79 CISG.

³⁷ Cfr. art. 1452 CC.

³⁸ «El vendedor deberá entregarla en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato», art. 1468.

³⁹ Cfr. art. 1094 CC.

⁴⁰ Cfr. art. 1101 CC (dolo, negligencia, morosidad).

puede operar la resolución por incumplimiento⁴¹ (inicialmente conectada a la culpabilidad en el incumplimiento). Si la cosa se pierde o deteriora por causa no imputable al deudor, se aplica la denominada doctrina de los riesgos. Su función es establecer si el comprador tiene o no obligación de pagar el precio, aunque no reciba la cosa, o la reciba deteriorada⁴².

En el nuevo modelo de responsabilidad contractual no es necesario diferenciar la doctrina de la responsabilidad de la de los riesgos. Es incumplimiento, cualquier derivación de las exigencias del contrato; en la compraventa, la falta de entrega de la cosa debida o la entrega sin las cualidades que exige el contrato (falta de conformidad)⁴³. Es indiferente cuál sea la causa que determine el incumplimiento. Por ello resulta superfluo el deber de custodia: el vendedor que no entrega la cosa o entrega una cosa no conforme incumple su obligación. El incumplimiento expresa la insatisfacción del interés del acreedor, con independencia de que la causa que lo determina sea o no imputable al deudor.

En el nuevo sistema, la figura unitaria del incumplimiento está llamada a ordenar la distribución, entre los contratantes, de todos los riesgos de insatisfacción del interés del acreedor (los que se deban a la actuación del otro contratante, deudor, y los que se deban a causas extrañas a ella): no queda espacio para la doctrina de los riesgos, porque ha sido absorbida en el ámbito operativo del incumplimiento. Los riesgos se distribuyen a través de las reglas específicas de aplicación de cada remedio.

E. MODIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La consideración de la vinculación contractual, no referida exclusivamente al cumplimiento de deberes sino a la consecución de un resultado (satisfacción de interés) que el deudor garantiza al acreedor, puede tener consecuencias sobre el contenido de la pretensión de cumplimiento. Se ensancha

⁴¹ Cfr. art. 1124 CC.

⁴² Cfr. art. 1452 CC.

⁴³ Cfr. arts. 30, 35 CISG.

cuando el ordenamiento impone al deudor el deber de subsanar el defectuoso cumplimiento, para satisfacer el interés del acreedor, no por vía indemnizatoria, sino *in natura*⁴⁴.

Pongamos un ejemplo, referido al contrato de compraventa. En caso de entrega de cosa no conforme al contrato, la CISG⁴⁵ y la Directiva 1999/44/CE⁴⁶ (y con ella todos los ordenamientos europeos que la han incorporado) atribuyen al comprador la facultad de exigir al vendedor la reparación o la sustitución de la cosa, para satisfacer su interés de recibir una cosa conforme al contrato. Son medidas, a cargo del deudor, orientadas a corregir el defectuoso cumplimiento, que tanto la CISG como la propia Directiva diferencian de la pretensión indemnizatoria; medidas que, en algún caso, llegan a traspasar los límites del deber inicial de prestación. Los traspasa la pretensión de reparación de la cosa. No es propia de una obligación de entregar, pero es la vía para obtener *in natura* y a través de la actuación del propio deudor, la satisfacción del interés del acreedor. Puede también traspasarlos la pretensión de sustitución de la cosa. Si se trata de una obligación genérica, la sustitución no traspasa los límites del deber inicial de prestación. Pero pueden traspasarse tales límites, si, en una obligación específica, la satisfacción del interés del acreedor justifica la sustitución.

VI. Algunos aspectos de la transformación del derecho de obligaciones en el sistema español

Me voy a referir, a continuación, a algunos aspectos de la transformación del derecho de obligaciones en el sistema jurídico español.

⁴⁴ Sobre este punto puede verse: MORALES MORENO, «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en: *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, 2005, pp. 261 ss. (*infra* p. 89 ss.).

⁴⁵ Cfr. art. 45 CISG.

⁴⁶ Del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, Sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE 7/7/1999): cfr. art. 3.

A. UNA IDEA UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO

Una idea unitaria de incumplimiento, como ésta a la que me estoy refiriendo, puede encontrarse apuntada en algunos preceptos del CC. Así, por ejemplo, aparece en el art. 1101, según el cual, «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que (...) *de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*» (sus obligaciones)⁴⁷. También puede extraerse del art. 1124, que dice así: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados *no cumpliere lo que le incumbe*». Sin embargo tal idea unitaria de incumplimiento no queda desvirtuada de modo coherente en el sistema del CC. Está contradicha en él, por los regímenes especiales de «responsabilidad contractual» de la compraventa, a los que el CC denomina saneamiento⁴⁸, que ofrecen al comprador remedios diferentes de los generales del incumplimiento, sometidos a plazos también distintos. Y está contradicha así mismo en otras reglas especiales del CC, en las que ahora no me voy a detener.

Cada vez encuentra menor justificación mantener esta pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual, cuya razón de ser no está en la propia naturaleza de las cosas. Es oportuno recordar aquí lo que a este respecto decía en 1993

⁴⁷ El artículo 1101 es un precepto difícil de entender. Se ha dicho que porque mezcla criterios de imputación de responsabilidad (dolo, negligencia) con manifestaciones del incumplimiento (morosidad, contravención del tenor de la obligación). En cualquier caso resulta significativo que queden sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que de cualquier modo contravengan al tenor de la obligación. Ya SÁNCHEZ ROMÁN destacaba el carácter genérico del concepto de contravención que «abrazaba lo mismo el incumplimiento absoluto de la obligación que el cumplimiento deficiente, defectuoso o indebido, atendidos los términos en que la misma estuviera constituida o debería cumplirse». Esta noción «expresa un juicio de relación entre lo estatuido para la obligación respecto de su cumplimiento y lo obrado o dejado de hacer por el deudor en cuanto al mismo». El problema se plantea para este autor al no estar esta noción definida de un modo preciso como lo están las otras fuentes del deber de indemnizar contenidas en el precepto (mora, culpa y dolo) (*Estudios de Derecho civil*², tomo IV: *Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación*, Madrid, 1999, p. 336). Ese carácter genérico del concepto de contravención lo recuerda más tarde CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*³, tomo III, Madrid, 1958, p. 174.

⁴⁸ Arts. 1474 ss. CC.

Fernando PANTALEÓN: «La primera premisa de un derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevinida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados «vicios ruinógenos» en el contrato de obra»⁴⁹.

En la práctica, podemos constatar cómo la evolución jurisprudencial del ordenamiento español se ha orientado hacia la aplicación de los remedios generales del incumplimiento a supuestos en los que el régimen adecuado es el especial del saneamiento. Brevemente voy a recordarlo, en lo que se refiere a los vicios materiales (redhibitorios) y a los jurídicos (evicción).

En el tratamiento de los vicios materiales (vicios ocultos o redhibitorios), se ha producido una evolución importante en la jurisprudencia del TS, en los últimos tiempos, en la línea del nuevo sistema. De ese cambio da cuenta el libro de Nieves FENOV, *Falta de conformidad e incumplimiento: Evolución del ordenamiento español*, publicado en el año 1996. El TS ha aplicado a supuestos de defectos materiales de la cosa vendida (es decir, a supuestos de saneamiento por vicios ocultos) el sistema general de responsabilidad por incumplimiento. Ha empleado diferentes argumentos, entre los que destacan, la doctrina del *aliud pro alio* y la del incumplimiento por inhabilidad del objeto. El TS razona así: existiendo defectos en la cosa vendida, el vendedor no ha cumplido su obligación de entrega⁵⁰. Esta doctrina jurisprudencial no ha significado (no podría significar) la derogación, ni tampoco la caída en desuso de las reglas

⁴⁹ ADC, 1993, pp. 1720-1721.

⁵⁰ Conviene recordar que el CC español impone al vendedor dos obligaciones: la de entregar la cosa vendida y la de saneamiento (artículo 1461). El incumplimiento de la primera se rige por las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones; el de la segunda se rige por las reglas especiales del saneamiento, en la modalidad de éste que sea aplicable.

del saneamiento por vicios⁵¹. En la práctica opera un doble régimen, lo cual es fuente de inseguridad jurídica.

En materia de defectos jurídicos, el CC español se inspira en el sistema romano. No existe obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino de mantener al comprador en la pacífica posesión de la misma. El vendedor sólo responde, por la vía del saneamiento por evicción, si el comprador llega a ser privado de la cosa, por sentencia firme, en virtud de un derecho anterior a la compra. Este sistema crea para el comprador un período de incertidumbre (hasta que se produzca o no la evicción), en el que se ve limitada la toma de decisiones económicas sobre la cosa. Los problemas prácticos que esto implica, han llevado al TS a abrir diferentes líneas jurisprudenciales correctoras, para permitir al comprador desvincularse del contrato.

Algunos fallos del Tribunal Supremo (con el respaldo de un sector de la doctrina)⁵² aplican a la venta de cosa ajena el régimen general del incumplimiento del contrato; lo cual supone admitir que es obligación del vendedor transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida⁵³. En otros casos el TS ha sostenido que la venta de cosa ajena es nula⁵⁴. Otra vía utilizada para permitir al comprador la desvinculación contractual en caso de compra de una cosa no perteneciente al vendedor, es la vía de la nulidad por vicio del consentimiento⁵⁵.

⁵¹ Se aplica el saneamiento por vicios en casos en los que no ha transcurrido el plazo de seis meses que señala el art. 1490 CC para su ejercicio.

⁵² Recuerda FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO que apoyan esta solución, Cayoso Arias; Moreno Mocholi; Petit Segura; Rubio Garido; Fernández-Villaverde (Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, pp. 175-182, Editorial Aranzadi, SA Pamplona, 1998).

⁵³ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Op. cit.*, nos explica cómo se produce esta jurisprudencia: El comprador demanda al vendedor por incumplimiento de lo pactado, exigiendo el cumplimiento forzoso o la resolución ex artículo 1134 CC (STS 13-10-1984, 28-11-1986, 1-07-1987, 14-10-1991, 21-11-1991, 21-05-1992, 16-11-1992).

⁵⁴ Como advierte FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Op. cit.*, cuando esto se afirma, es, generalmente, a instancia del verdadero dueño, o de los conductores no vendedores (STS 26-2-82, 19-12-85, 29-4-96). Frente al verdadero dueño, más bien, la venta carece de eficacia transmisiva.

⁵⁵ Por dolo (STS 26-10-81), por error (STS en 20-11-25, 8-3-29, 6-7-92), cf. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO *Op. cit.*

B. EL PAPEL DE LA CULPA EN EL INCUMPLIMIENTO

DÍEZ-PICAZO recuerda cómo algunos autores han introducido a la culpa en la propia idea de incumplimiento, como elemento de la misma. Cita, como ejemplo, a Pablo BELTRÁN DE HEREDIA⁵⁶. Esa idea, en buena medida, también aparece en CASTÁN⁵⁷. Es la consecuencia de una construcción de la responsabilidad contractual circunscrita al remedio indemnizatorio. Si ampliamos el ámbito de la responsabilidad contractual, incluyendo en ella el conjunto de los remedios con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento, no es posible mantener esa correspondencia entre incumplimiento y culpabilidad.

DÍEZ-PICAZO lo ha destacado en estos términos: «Este problema se plantea para determinar en qué casos el deudor de la prestación tiene que soportar el deber de resarcir los daños y perjuicios que al acreedor le ocasionan el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o la mora y en qué casos queda exonerado de esa responsabilidad. La pregunta por la imputación no es necesaria en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito. Para poner en juego la acción o reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen. Igualmente, para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de relaciones obligatorias de carácter simagmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual»⁵⁸.

Esta afirmación tiene perfecto encaje en el sistema tradicional. Pero, seguramente, en el nuevo sistema de responsabilidad contractual, la noción de culpa tampoco es indispensable para construir el supuesto del remedio indemnizatorio en caso de incumplimiento. Podemos objetivar el supuesto de

⁵⁶ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid 1996, p. 568.

⁵⁷ «El incumplimiento (propio o impropio) dependiente de la voluntad del deudor, sujeta a éste a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquél. Por el contrario, el incumplimiento dependiente de circunstancias ajenas a su voluntad no lleva consigo responsabilidad», CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Madrid, 1968, p. 148.

⁵⁸ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, p. 574.

este remedio, utilizando la idea de «esfera de riesgo» en vez de la de culpa. Más adelante insisto en esta idea.

C. LOS DERECHOS DEL ACREEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

A continuación me voy a referir, brevemente, a algunos aspectos relevantes que reflejan la evolución del derecho español en cuanto al modo de concebir algunos remedios del incumplimiento.

1. La pretensión de cumplimiento

La pretensión de cumplimiento, como recuerda Díez-Picazo, es la facultad que se confiere al acreedor para obtener, en forma específica, el comportamiento omitido por el deudor. «Por su naturaleza, es una acción de condena y entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional, de que sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido».⁵⁹

El CC reconoce la pretensión de cumplimiento⁶⁰, pero, ni en él, ni en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, existen vías para la ejecución de las obligaciones de hacer de carácter personalísimo. Antes del CC pensaba ESCRICHE: «Toda obligación de hacer o no hacer se reduce a la satisfacción de daños y perjuicios, en caso de que el deudor no quiera ejecutarla»⁶¹. El sistema de ejecución del CC, en las obligaciones de hacer

⁵⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, p. 678.

⁶⁰ Cuando se trata de una obligación de dar cosa determinada, el acreedor «puede compeler al deudor a que realice la entrega» (art. 1096 I). Aquí aparece una manifestación de la pretensión de cumplimiento *in natura*. En cambio en la obligación de dar «cosa indeterminada o genérica», así como en las de hacer y en las de no hacer, el Código condena a una ejecución a expensas del deudor (arts. 1096 II, 1098 y 1099). Esta modalidad de cumplimiento, nos plantea la duda de si estamos en presencia de la pretensión de cumplimiento o más bien de la indemnizatoria. Pero en el CC se exige el mandato judicial. En ese sistema se hace necesario autorizar al acreedor para satisfacer su crédito a expensas del deudor. Sobre la acción de cumplimiento y la rescisoria, cf. CARRASCO, «Comentario art. 1101 CC», en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, EDESA, Madrid, 1989, pp. 397 ss. [También en este libro p. 56].

⁶¹ ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1851, v. «Obligación de hacer o no hacer», 1851, p. 1287.

de carácter personalísimo, ha sido objeto de crítica. CASTÁN manifestó su queja contra él. Utilizando las palabras de otro autor, lo calificaba de «muy deficiente»⁶², y abogaba por facultar a los jueces para dictar medidas de estímulo al deudor recalitrante⁶³. Ésta es la solución que ha adoptado la nueva Ley de enjuiciamiento civil (del año 2000). Se prevé en ella un sistema de multas coactivas, impuestas por el juez, para incitar al deudor al cumplimiento de la obligación; e, incluso, se faculta al juez para sustituir al deudor en la emisión de una declaración de voluntad debida⁶⁴.

En cuanto a la subsistencia de la pretensión de cumplimiento, Díez-Picazo la hace depender de que «se haya conservado la posibilidad de la prestación»⁶⁵. De modo parecido, Ferrnando PANTALEÓN, en contra de los PECL⁶⁶, ha defendido que ésta «ha de continuar siendo un remedio independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor y la causalización o no de daño al acreedor»⁶⁷. Sigue la misma orientación

⁶² «Nuestro vigente sistema sobre el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones es muy deficiente y no corresponden a los avances de la doctrina ni a las necesidades de la práctica» (DÍAZ PAJÓ) (CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Madrid, 1958, p. 171).

⁶³ «[L]o racional sería que legislador facultara a los jueces para dictar medidas que estimularan al deudor recalitrante a cumplir el deber que primeramente le impone el ordenamiento jurídico y luego el fallo judicial dictado en armonía con este mandato legislativo»; «tanto en el derecho inglés como en las leyes procesales austriaca y alemana, se hallan autorizados los jueces para decretar multas e incluso detención...» (DÍAZ PAJÓ) (CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Madrid, 1958, p. 171, nota 2).

⁶⁴ Cfr. arts. 699 y 709 LEC. Sobre este punto GARCÍA RUBIO: «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, 2003, pp. 1881.

⁶⁵ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, p. 678.

⁶⁶ PECL: art. 8:101; también art. 7:1.7 Principios UNIDROIT. En el mismo sentido, TALLON, en: BIANCA/BONELLI, *Commentary on the International Sales Law*, Milán, pp. 572 ss.; también, TALLON: «L'inexécution du contrat pour un autre présentations», RTDC, 1994-2, núm. 27.

⁶⁷ PANTALEÓN, Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, ADC, 1993, p. 1729. Según el art. 79, 5 CISG, la exoneración del deber de indemnización no priva al acreedor de la pretensión de cumplimiento (de otros derechos, entre en los que se encuentra la pretensión que cumplimiento). Así, en caso de retraso no imputable al deudor, el acreedor conserva la pretensión de cumplimiento, para el momento en que éste sea posible. Igualmente conserva el derecho al cumplimiento, en el caso de que el deudor le

CARRASCO⁶⁸, que critica la opinión de Badosa, autor para el que la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria tienen en el CC el mismo supuesto de hecho⁶⁹.

2. La resolución por incumplimiento

Por lo que respecta a la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) se advierten también ciertas transformaciones en nuestro ordenamiento, orientadas hacia el nuevo modelo.

La transformación puede apreciarse en la doctrina. En este punto, merece ser citado el libro de Mario CLEMENTE MEORO, titulado: «La facultad de resolver los contratos por incumplimiento», publicado en el año 1998. La jurisprudencia también ha evolucionado, aunque no pueda afirmarse que definitivamente haya sentado unas líneas claras y precisas sobre el tratamiento de la resolución⁷⁰.

a) La resolución como remedio fundado en el incumplimiento

No ha sido tarea fácil llegar a un acuerdo sobre la verdadera naturaleza de la resolución por incumplimiento. El hecho

entregue un objeto distinto al debido (*aliquid pro alio*), aunque exista causa que exonere al deudor del deber de indemnizar daños por tal incumplimiento. Y lo mismo sucede si el deudor entrega una cosa no conforme al contrato: el acreedor no se ve privado de su derecho a pedir la reparación o sustitución de tal cosa, por el hecho de que tal incumplimiento no dé lugar a la indemnización de los daños. Se ha dicho que el artículo 79, 5 CISG permite conservar la pretensión de cumplimiento, pero que no nos indica cuando se conserva o se pierde la pretensión de cumplimiento. (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/STOLL/GRUBER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 2004, Art. 79 CISG).

⁶⁸ «... [N]o resulta lícito deducir de la remisión que los artículos 1096 y 1124 hacen al artículo 1101, que la propia acción de cumplimiento y resolución se condiciona a los mismos fundamentos y criterios de imputación (culpa) que son propios de la acción de indemnización. Vinculación, incorrecta, en mi opinión, que es la recientemente sostenida por Badosa. En contra de lo que estima este autor, considero que la acción de cumplimiento no tiene la misma función que la acción del artículo 1101: la responsabilidad ex artículo 1101 no es una "garantía de la obligación", sino una obligación nueva». (CARRASCO, «Comentario art. 1101 CC», en: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, EDESA, tomo XV, vol. 1, EDESA, Madrid, 1989, p. 403).

⁶⁹ Badosa, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 263-265.

⁷⁰ Ver Díez-Picazo, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid 2005, pp. 13, 14.

de que el derecho romano no reconociera la resolución como figura general y que en el CC español esté situada en la regulación de la condición (art. 1124), fuera del incumplimiento, ha contribuido, sin duda, a oscurecer su naturaleza⁷¹. Son abundantes las teorías elaboradas sobre su naturaleza⁷². Aunque cada una de ellas pueda servir para explicar, desde una perspectiva, su función, hoy se abre paso en nuestro ordenamiento, cada vez con mayor fuerza, la idea (no totalmente extraña al CC) de que el fundamento último de la resolución se halla en el incumplimiento, y que es, por tanto, un remedio más frente al incumplimiento, en las obligaciones sinalagmáticas⁷³. Su función económica es permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino. Al margen de la localización sistemática del art. 1124, resolución e incumplimiento están expresamente conectados en el Código civil: la resolución procede cuando un contratante «no cumple lo que le incumbe».

b) Resolución e indemnización

El cambio que se ha producido en el tratamiento de la resolución dentro del ordenamiento español, tiene también consecuencias sobre el interés indemnizable, en la indemnización que acompaña a la resolución. Éste es un extremo que fue discutido en nuestra doctrina. Algunos autores (DELGADO ECHEVERRÍA, JORDANO PRAGA) consideraron que lo oportuno es indemnizar el interés negativo. Lo cual podía explicarse por la aplicación del régimen de la condición resolutoria: el carácter retroactivo del efecto resolutorio coloca la situación en el momento de la celebración del contrato. Pero las críticas que ha

⁷¹ CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, pp. 51 ss. Este autor las clasifica así: teoría de la condición resolutoria implícita, teoría de la causa recíproca, teoría del sinalagma funcional, teoría de la sanción, teoría de la reparación, teoría de la equidad, teoría del poder dispositivo novatorio.

⁷² Díez-Picazo, por ejemplo, en las primeras ediciones de sus *Fundamentos*, estudiaba la resolución en el capítulo dedicado a la extinción de la relación obligatoria, mientras que en las más recientes la sitúa en un capítulo independiente, en las proximidades del incumplimiento y de la defensa del derecho de crédito lesionado (así en, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, pp. 699 ss.).

merecido la generalización de la doctrina de la retroacción de los efectos de la condición resolutoria cumplida y el hecho de que la resolución se considere un remedio frente al incumplimiento del contrato, explica que se vaya abriendo paso la doctrina favorable a la indemnización del interés positivo⁷³.

c) Resolución y culpabilidad

También, progresivamente, se va abriendo paso en nuestro ordenamiento la idea de que la resolución, basada en el incumplimiento, no requiere culpabilidad del deudor. Está clara en un sector importante de la doctrina y penetra progresivamente en la jurisprudencia del TS.

El punto de partida en esta evolución nos lo sintetizaba CASTÁN así: el Tribunal Supremo requiere «que haya verdadero y propio incumplimiento, por uno de los contratantes, de la obligación que le incumbiere, y que ese incumplimiento descanse en causas imputables al deudor»⁷⁴. Sin embargo, como recuerda CLEMENTE MEORO, en la jurisprudencia del TS, «el artículo 1124 del CC también resulta aplicable a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación»⁷⁵; aun- que en numerosas sentencias se reconduzca el hecho obstativo, a la voluntad del deudor (imposibilidad imputable)⁷⁶.

⁷³ Sobre esto PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización», ADC, 1989, pp. 1143 ss.

⁷⁴ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*⁹, Madrid, 1958, pp. 89, 90. Aunque añade: «siendo improcedente la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impide...».

⁷⁵ «En general, tal principio se encuentra en aquellas sentencias que establecen que la resolución procede también cuando se da «un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento», sintetizándose su doctrina en que «no es lícito y jurídico en materia de obligaciones recíprocas que un contratante pueda por fuerza mayor dejar de cumplir el servicio prometido y, a la vez, exigir el pago del precio estipulado por la prestación no efectuada» (véanse SSTs: 4-02-1947, 24-09-1953, 10-12-1963); CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 443.

⁷⁶ Vid. PILAR DE LA HAZA, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1996, pp. 65 ss.

También se discute en la doctrina si la imposibilidad sobrevenida no imputable, de ser causa de resolución, operaría de modo automático o por voluntad del acreedor⁷⁷.

El carácter objetivo de la resolución, no fundada en la culpa sino en el incumplimiento, ha de incidir en el tratamiento del problema del riesgo. Si, en caso de pérdida o deterioro, no imputables, de la cosa vendida, el comprador puede ejercitar la resolución, pierde justificación la regla romana, *periculum est emptoris*, presente en el art. 1452 CC⁷⁸.

d) Incumplimientos resolutorios

El principio de conservación del contrato impide que cualquier incumplimiento sea causa de resolución. Por eso se hace necesario delimitar qué incumplimientos tienen carácter resolutorio y cuáles no.

a) Sin duda alguna, tienen ese carácter los incumplimientos graves. Pero el problema está en definir cuándo es grave un incumplimiento. Díez PICAZO, recientemente, se ha ocupado de estudiar con detenimiento cómo ha encarado el Tribunal Supremo el problema⁷⁹, y lo que se percibe es que no ha elaborado una doctrina clara y precisa al respecto; más bien ha ido dando por buenos o desechando determinados incumplimientos.

b) El otro problema que se presenta es el de establecer cuándo un retraso continuado (aunque no constituya, inicialmente, incumplimiento grave o esencial) puede dar lugar a la resolución.

Engarzando con este problema, Díez-PICAZO ha afirmado recientemente:

«Se impone... dotar de un régimen jurídico diferente a los incumplimientos esenciales y a aquellos que no lo son. En

⁷⁷ Sobre ello cfr. SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, 2004, pp. 192 ss.

⁷⁸ Ya CASTÁN consideraba poco justificada la regla (o, mejor, excepción) del artículo 1452 (*Derecho civil español, común y foral*⁹, tomo III, Madrid, 1958, p. 91).

⁷⁹ Díez-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, 2005.

el derecho comparado esta separación se realiza admitiendo que cuando los incumplimientos no son esenciales, debe permitirse al deudor la posibilidad de subsanar el incumplimiento, cumpliendo, aunque sea tardíamente, y que, cuando la resolución por incumplimiento nace de una declaración extrajudicial del sujeto legitimado para ponerla en marcha, a ella debe preceder un requerimiento en que se conceda un plazo razonable, lo que los alemanes llaman *Nachfrist*⁸⁰, para que dentro de él se pueda producir el cumplimiento tardío o la subsanación del incumplimiento. El problema es, entonces, con qué mimbres se puede tejer esa necesidad desde el punto de vista del Derecho español, sin necesidad de recurrir a fórmulas tan ambiguas como la necesidad de observar los dictados de la buena fe en el ejercicio de los derechos de que habla el artículo siete u otras parecidas.⁸¹

El propio Díez-Picazo encuentra enseguida una vía de solución: la que puede proporcionar el párrafo tercero del artículo 1124, que dice que el Tribunal decretará la resolución que se reclame, «a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo». «Aunque el precepto no llegue a decirlo, se puede entender (y en la práctica muchas veces se ha entendido) que el tribunal puede dejar en suspenso durante el plazo la resolución que decreta o que puede condicionar su decreto de resolución a que, en el plazo que señala, la obligación no haya sido cumplida».⁸²

e) El ejercicio de la facultad resolutoria

Aunque el artículo 1124 CC pueda corresponder a un modelo judicial de resolución, nuestro ordenamiento, desde hace tiempo, ha evolucionado, admitiendo el ejercicio extrajudicial del derecho a resolver.

En 1958 recordaba CASTÁN esta evolución en los siguientes términos: «[L]a parte perjudicada por el incumplimiento del contrato tiene derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse,

⁸⁰ Cfr. PANTALÓN, *ADC*, 1993, p. 1733.

⁸¹ Díez-Picazo, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, 2005, pp. 97 ss.

⁸² Díez-Picazo, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, 2005, p. 98.

ya en la vía judicial, ya fuera de ella por declaración del acreedor; a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra quede aquélla sometida al examen y sanción de los tribunales que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho».⁸³

El ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria ha sido estudiado en profundidad recientemente por Lis Paula SAN MUEL, en su libro *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, publicado en el año 2004.

3. La indemnización de daños

En la nueva construcción de la responsabilidad contractual, la indemnización debe ser considerada como un remedio más, entre otros, del incumplimiento. Se rompe el binomio, pretensión de cumplimiento, pretensión indemnizatoria, sobre el que se ha construido tradicionalmente el sistema del incumplimiento.

a) Unidad del remedio indemnizatorio

Sin entrar en la cuestión, más profunda, de cuál es la verdadera naturaleza de la «responsabilidad contractual»⁸⁴ (expresión que utilizo ahora en el sentido tradicional, referida a la indemnización de los daños producidos por el incumplimiento) me voy a referir a otro problema, relacionado con su articulación en el derecho español.

Se ha discutido si en el CC español conviven dos sistemas indemnizatorios, por denominarlos de ese modo, uno que tendría por finalidad permitir al acreedor obtener el valor de la prestación no cumplida (cumplimiento por equivalente, *acsti-*

⁸³ En apoyo de esta afirmación cita sentencias que se remontan a la de 17 de febrero de 1912. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Madrid, 1958, p. 90.

⁸⁴ Sobre la función de la responsabilidad contractual y los diferentes modos de entenderla en el derecho comparado: PANTALÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1020 ss. Sobre la historia del concepto en el derecho francés: Remy, «La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept», *RTDC*, abril-junio 1997, pp. 323 a 355.

matio rei) y otro que tendría por finalidad la indemnización del resto de los daños indemnizables, derivados del incumplimiento (*id quod interest*). Los partidarios de esta bipartición del sistema⁸⁵ se apoyan en algunos preceptos del CC, en modo alguno concluyentes, que reflejan vestigios históricos del tratamiento que recibiera esta materia en el derecho romano, como consecuencia de su sistema de acciones⁸⁶. Frente a esa opinión, hoy se va asentando en nuestro derecho la idea, que comparto, de la unidad del sistema indemnizatorio contractual. La *aestimatio rei* o cumplimiento por equivalente no constituye un sistema de responsabilidad diferente. El valor de la cosa es una partida más que podrá ser tomada en cuenta, si resulta procedente⁸⁷, en el cálculo del daño.

PANTALEÓN ha prestado un claro apoyo a esta dirección. Para él la responsabilidad contractual (indemnización) no tiene una función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado; no es en ningún caso (ni siquiera la correspondiente a la *aestimatio rei*) un cumplimiento por equivalente de la obligación originaria; es una obligación nacida *ex novo*, conforme a su propio supuesto de hecho, y dirigida a indemnizar los daños causados al acreedor⁸⁸. Creo, efectivamente, que debemos separar el aspecto puramente técnico jurídico, en el que se mueve el razonamiento de PANTALEÓN, de otros razonamientos económicos, sobre el significado que pueda tener la *aestimatio rei*, en el caso de falta de realización de ese bien económico que es el derecho de crédito⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. por todos, Eugenio LJAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y rescimiento del daño al acreedor*, Madrid, 1999. Otros autores en esa dirección aparecen citados por PANTALEÓN, *ADC*, 1991, pp. 1021, nota 2.

⁸⁶ Por ejemplo, arts. 1098, 1135, 1136, 1150), más reflejo del sistema romano, que de una clara intención del legislador de dividir el sistema indemnizatorio contractual.

⁸⁷ Lo cual no ha de ser así necesariamente. Recordemos cómo en derecho romano, incluso en las acciones dirigidas a un *certum*, hay una tendencia en los juristas clásicos a tomar en cuenta los daños concretos sufridos por el legitimado, relacionados con la cosa: cf. KASER/KNÜTEL, *Römische Privatrecht*, 2003, § 85, I, 3, a); y en este mismo sentido PANTALEÓN resalta el significado del interés subjetivo, PANTALEÓN, *ADC*, 1991, p. 1052.

⁸⁸ Cfr. PANTALEÓN, *ADC*, 1991, pp. 1020 ss.

⁸⁹ CARRASCO destaca que, cuando el daño indemnizable comprende todo el interés del acreedor en la prestación, la indemnización es «subrogado o sustituto de la prestación originaria», «lo que no quiere decir que la obligación indemnizatoria no pueda ser más amplia, excediendo normalmente

Por su parte, Díez-Picazo, se ha ocupado de explicar con claridad las razones de fondo que subyacen en la bipartición del sistema indemnizatorio contractual: «La objetivación de la estimación del valor de la prestación ha sido considerada por algunos autores como una vía de objetivación de la responsabilidad, sobre todo arrancando del perjuicio de que los daños y perjuicios sólo se deben por culpa. Sin embargo, no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado, para separar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni para pensar que en los supuestos en que, según los artículos 1182-1184, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en la de indemnizar daños y perjuicios».⁹⁰

Me parece importante en este debate acerca de la construcción del sistema indemnizatorio por incumplimiento contractual, tener en cuenta lo que dispone la nueva LEC⁹¹. De ella nos interesa la regulación de la ejecución no dineraria (arts. 699 ss. LEC), en lo que se refiere a la ejecución por obligaciones de entregar cosas⁹² o por obligaciones de hacer y no hacer⁹³, y a la liquidación de los daños y perjuicios que para el ejecutante se deriven del hecho de que el ejecutado no cumpla en sus propios términos (tal como le requiere el juez) lo establecido en el título ejecutivo⁹⁴. Del examen de los correspondientes preceptos se pueden extraer algunas conclusiones⁹⁵.

este valor de la prestación debida». Con ello no se contradice la unidad del sistema de indemnización de los daños contractuales, pero se matizan las distintas funciones de la indemnización, destacando aspectos que son más de naturaleza económica que de rigurosa técnica jurídica (CARRASCO, «Comentario art. 1101 CC», en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV, vol. I, EDESA, Madrid, 1989, p. 408).

⁹⁰ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, vol. 2, p. 681, rectificando su anterior criterio, cf.: *Fundamentos* I, p. 748.

⁹¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE 7/2000, de 8 enero 2000).

⁹² Cosa mueble determinada: art. 701 LEC; cosas genéricas o indeterminadas: art. 702 LEC; bienes inmuebles: art. 703 LEC.

⁹³ Arts. 705 a 711 LEC.

⁹⁴ Arts. 712 ss. LEC.

⁹⁵ Para un estudio más amplio de las medidas de ejecución en la nueva LEC vid. MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», en: *Libro Homenaje a Manuel Amorós*, Madrid, 2006. [En este libro pp. 55 ss.].

En primer lugar, es claro que la nueva LEC, en la ejecución de obligaciones (títulos ejecutivos), no limita los daños indemnizables al valor de prestación no realizada. Cuando la ejecución *in natura* no puede llegar a producirse de acuerdo con el título, admite la transformación de la misma en su equivalente pecuniario; y, además, la indemnización de otros daños que por esa causa se le hayan producido al ejecutante.

En segundo lugar, la nueva LEC, aunque aparentemente en esto sea menos clara, tampoco ofrece elementos suficientes como para poder extraer que consagre o refleje la existencia de dos sistemas indemnizatorios separados: uno referido al equivalente pecuniario de la prestación no realizada y otro a la indemnización de otros daños.

Por un lado, en las disposiciones generales sobre la ejecución no dineraria, separa claramente entre el cumplimiento «en sus propios términos», conforme a lo que establece el título ejecutivo, para el que, en primer término, se requiere al ejecutado (art. 699 LEC), y las «eventuales indemnizaciones sustitutorias», globalmente consideradas, para cuya cobertura el ejecutante puede solicitar embargo de bienes (art. 700 II LEC). La referencia a las indemnizaciones sustitutorias incluye, en este lugar, tanto el equivalente del valor de la prestación no realizada en la vía ejecutiva (falta de cumplimiento del mandato del juez que despacha la ejecución, art. 699 LEC), como otros daños derivados de esta causa.⁹⁶

Es cierto que, posteriormente, en otros preceptos, la LEC separa, el valor de la cosa y la indemnización⁹⁷, pero tal separación, fuera de las consecuencias procesales que pueda tener,⁹⁸ particularmente en el procedimiento a seguir para determinar la cuantía, no produce, en el orden sustantivo, la división del remedio indemnizatorio contractual, en dos sistemas diferentes.

⁹⁶ También, la referencia del art. 701-3 LEC a una «justa compensación pecuniaria» por la falta de entrega de la cosa mueble determinada debida, tanto se refiere al equivalente del valor de la cosa, como a otros daños. Lo pone de manifiesto la remisión de este artículo a los artículos 712 y ss. LEC.

⁹⁷ Arts. 702 II, 706, 709-3, 710, 712 a 716 y 717 LEC.

⁹⁸ Cfr. arts. 709 a 717 LEC.

La unidad del sistema indemnizatorio contractual supera residuos históricos, más propios del procedimiento formulario romano, que no admite la ejecución *in natura*, que de la naturaleza de las cosas.⁹⁹ Permite, además, una aproximación de los sistemas continental y angloamericano y facilita la convergencia en el seno de la Unión Europea.¹⁰⁰

b) El criterio de imputación

Otra cuestión que suscita la pretensión indemnizatoria es la referida al criterio de imputación de responsabilidad. El hecho de que el incumplimiento no exija culpabilidad del deudor no significa que la culpa no pueda jugar algún papel en el supuesto específico de alguno de los remedios del incumplimiento, particularmente en el indemnizatorio.

En la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, el sistema tradicional de imputación, conectado a la culpa, tiende hoy a sustituirse por autorizados representantes de nuestra doctrina, por un sistema basado en la delimitación

⁹⁹ En Derecho romano, dentro del procedimiento formulario, la condena es pecuniaria. La obligación primaria, referida a una prestación *in natura*, se transforma en una obligación secundaria de dinero, que sustituye a aquella. En este marco procesal, el equivalente pecuniario de la prestación *in natura* no tiene, necesariamente, una función indemnizatoria. Hay que tener en cuenta, también, las restricciones que ofrece el procedimiento formulario romano para conceder al demandante una indemnización de daños amplia. No es que en Derecho romano la indemnización del daño derivado del incumplimiento se restringa necesariamente al valor de la cosa, pues admite otros daños (lucro cesante, daños subsecuentes), pero sí, que la medida de la indemnización depende de las posibilidades que ofrezca el tipo de acción utilizado. La indemnización es más limitada si la acción en la que se sustenta se dirige a la reclamación de un *certum* (*quanti ea res est, quantum ea res erit*; esta segunda fórmula permite estimar valores concretos para el demandante, que traspasan el valor que tiene la cosa para cualquier propietario) o de un *incertum* (*quod interest*; incluso con el añadido, *ex fide bona*) (cfr. Kaser/Knützel, *Römisches Privatrecht*⁷, 2003, § 35). Este complicado sistema, reflejado en una serie de textos, ha inspirado artículos de nuestro código civil, que, vistos desde la perspectiva del derecho actual, pueden parecer contradictorios, o nos pueden inclinar a desarrollar sobre ellos complejas construcciones dogmáticas. Las diferencias que en ellos percibimos no significan, en el derecho actual, en la propia naturaleza de las cosas o en el propósito consciente del legislador. Son, más bien, puros residuos históricos del sistema procesal romano, ya superado.

¹⁰⁰ Así en CISG y PECL.

de un ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgo. El deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido por ese incumplimiento. Éste es, precisamente, el sistema adoptado por la Convención de Viena. Según su artículo 79 CISG, el deudor responde de cualquier impedimento (factor determinante del incumplimiento) que se haya producido en el ámbito de su «esfera de control». Es, además, un sistema adecuado a la consideración de la vinculación contractual como garantía de un resultado (satisfacción del interés del acreedor). Implica que el deudor gestiona en su ámbito de control la ejecución del contrato y asume el riesgo de lo que en ese ámbito suceda¹⁰¹, aunque no de modo absoluto, en la idea del CC (cf. arts. 1783, 1784 y 1601 CC). Por otra parte, hemos de admitir que el sistema tradicional, que basa el deber de indemnizar en la culpa (o dolo) del deudor, ha alcanzado, a su vez, una indudable objetivación, al apreciarse la culpa conforme a modelos de conducta exigible.

Fernando PANTALEÓN ha utilizado el concepto de «esfera de control» para interpretar el artículo 1105 del Código, con el propósito de acercar nuestro ordenamiento a la CISG. Recordaré sus palabras:

«Resulta obvio que el muy deseable resultado de que lo dispuesto en el artículo 1105 coincida con lo dispuesto en el artículo 79. I de la Convención de las Naciones Unidas, verdadero *ius commune* en la materia que nos ocupa, puede lograrse con sólo interpretar la palabra “suceso” de aquel artículo como un “acontecimiento ajeno al ámbito de control del deudor”, sostener que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento es un requisito autónomo del caso fortuito (no el mero presupuesto lógico de su inevitabilidad) y referir la previsibilidad o imprevisibilidad al momento de celebración del contrato. Bastará leer así el artículo 1105: “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato,

¹⁰¹ Incluso KASER lo destaca: el deudor debe soportar el riesgo de ciertas circunstancias que caen en su ámbito de influencia (*Einwirkungsberreich*), siempre que él pueda evitar un daño (*Das römische Privatrecht, II Die nachklassischen Entwicklungen*, 1975, § 258, p. 353, nota 50).

nadie responderá de los impedimentos ajenos a su ámbito de control que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos posteriormente] fueran inevitables»¹⁰².

En esa línea de adaptación al nuevo derecho, PANTALEÓN ha propuesto «suprimir aquellas referencias a la culpa que, como la del artículo 1182 CC, puede crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o) negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 de la CISG (o del artículo el 7. 1.7 Principios UNIDROT o del artículo 3.108¹⁰³ PECL), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios ordinarios de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la “esfera de control del deudor” del que son concreción, por ejemplo, los artículos 76 y 77 libro 6 NBW y el del riesgo (*externo a aquella esfera*) implícitamente asumido al contratar»¹⁰⁴.

Luis Díez-Picazo utiliza igualmente la idea de esfera de control en la interpretación del artículo 1105 CC. La expresión «sucesos», que emplea ese artículo, le permite trazar una línea divisoria entre «lo que rectamente entendido debe significar eventos o hechos exteriores que queden fuera del ámbito o marco de control del deudor». Pero admite que «el marco o ámbito de control del deudor guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes»¹⁰⁵.

VII. Reflexiones finales

Hasta aquí he tratado de reflejar, en grandes pinceladas, la evolución del derecho español, en lo que concierne al modo de entender el vínculo contractual y las consecuencias

¹⁰² PANTALEÓN, ADC, 1991, p. 1064.

¹⁰³ Hoy art. 8:108 PECL.

¹⁰⁴ PANTALEÓN, ADC, 1993, p. 1740.

¹⁰⁵ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*⁴, Madrid, 1993, pp. 589-590.

del incumplimiento. Para concluir, voy hacer dos reflexiones breves, orientadas hacia el futuro.

En el horizonte futuro aparece, por un lado, la exigencia de transformación del derecho de obligaciones español, im- puesta por la necesaria convergencia del derecho contractual de los Estados europeos, en el marco de la ordenación jurídica del mercado único. Tal exigencia traspasa, sin duda, la tarea hasta ahora realizada, de mera transposición de Directivas (de mínimos) en materia de consumo, y ha de orientarse hacia una armonización más profunda del derecho de contratos. Aunque los términos concretos en que vaya a producirse esta aproximación todavía no estén perfilados con precisión, sí se apuntan las líneas o pautas por las que esa armonización ha de producirse. Son las líneas a las que me he referido que se situán en la corriente del que he denominado nuevo derecho de la contratación, elaboradas a partir de la Convención de Viena. Ahora mismo, en la Unión Europea, nos hallamos, sin duda, en un período de reflexión; pero debe tenerse en cuenta que, siendo el camino hacia la armonización irreversible y estando las pautas de la misma perfiladas, cada Estado debe ir ya cumpliendo la tarea de preparación o adaptación de su propio ordenamiento.

Pero además, con independencia de la convergencia europea, creo que existe una exigencia de modernización del derecho de obligaciones español, plasmado en el Código civil, para adaptarlo a los nuevos principios. Mi exposición ha tratado de poner de manifiesto, de manera sucinta, los pasos doctrinales y jurisprudenciales ya dados y que se están dando. Sin embargo creo que falta todavía, para que la modernización sea completa, armónica y procure una plena seguridad jurídica, la gran tarea de reformar el Código civil, en materia de derecho de obligaciones y contratos. En tanto tal reforma se produce, es tarea de la jurisprudencia continuar adaptando, en la medida de lo posible, la interpretación de las viejas normas codificadas a los nuevos principios, y tarea de la doctrina, orientar todo el proceso de redefinición del sistema dogmático contractual de nuestro ordenamiento.

PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA¹

La pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria son dos remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento contractual. En este trabajo se considera si las causas de exoneración del deudor son las mismas para ambos remedios, o si, por el contrario, son diferentes. Tras exponer los términos en los que se plantea y debate la cuestión, se llega a la conclusión de que existen diferencias entre ellas. Lo cual facilita una más afianzada ordenación del reparto de los riesgos inherentes al incumplimiento contractual. Para comprobarlo se analizan dos grupos de casos: en unos el acreedor tiene la pretensión indemnizatoria pero no la de cumplimiento; en otros, sucede al revés: dispone de la pretensión de cumplimiento pero no de la indemnizatoria. Admitida la diferencia, el estudio se completa con la determinación de la naturaleza (de cumplimiento o indemnizatoria) de las medidas de ejecución de la Ley de Ejecutamiento Civil, en las ejecuciones no dinerarias.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. APROXIMACIÓN AL DEBATE DE LA CUESTIÓN.-A. *La opinión de algunos autores*.-B. *Los contrastes en el derecho uniforme*.-III. DIFERENCIAS ENTRE EL SUPUESTO DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y EL DE LA INDEMNIZATORIA.-A. *Limitaciones a la pretensión de cumplimiento que no excluyen la indemnizatoria*.-1. La imposibilidad.-2. Restricciones a la pretensión de cumplimiento fundadas en razones de eficiencia económica.-a) El ejemplo del *Common Law*.-b) Orientaciones jurisprudenciales en nuestro derecho.-c) Los PECL.-d) El § 275 (2) BGB.-B. *Casos en que subsiste la pretensión de cumplimiento pero no surge la pretensión indemnizatoria*.-1. La regla

¹ Este trabajo ha sido escrito para el Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola, se incluye en el Proyecto de investigación «La modernización del Derecho contractual» (SEJ2005-06506).

realidad y siendo la ley clara, lo único posible es aplicar el mandato de legislador.

Apunte preparado por:
Francisco HERANE VIVES
Abogado

