

EL IMPACTO EN EL PROCESO DE LAS MODERNAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*

JUAN DAMIÁN MORENO**

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar de manera preliminar la incidencia que en el proceso español tendrían las modernas orientaciones que en materia de incumplimiento contractual se están tratando de impulsar en el ámbito europeo.

Palabras clave: Derecho europeo de contratos, incumplimiento contractual, inejecución, acciones frente al incumplimiento, resolución de contrato.

Abstract: This paper presents some preliminary observations about the basic structure of breach of contract and its procedural consequences in Spanish Law; an attempt to analyze the impact in civil litigation process of the modern and influential guidelines on contract law are trying to implement in Europe.

Keywords: Principles of European Contract Law, non-performance, remedies for breach of contract, termination.

SUMARIO: I. EL CONTRATO Y SU FUNCIÓN SOCIAL. LO PROMETIDO, ¿ES SOLO DEUDA? LA PREDECIBILIDAD DEL COMPORTAMIENTO COMO BASE DE LA CONFIANZA CONTRACTUAL; II. EL INCUMPLIMIENTO COMO INEJECUCIÓN («NON-PERFORMANCE»): NI ES ACCIÓN NI ES FIN; ES UN *ESTADO DE COSAS*, NO UN ESTADO DE ÁNIMO. LA CAUSA SÍ IMPORTA; III. LA RELEVANCIA DEL DES-ENLACE. EL CANON DE REFERENCIA: LA EXACTITUD DE LA PRESTACIÓN CON RESPECTO AL PROGRAMA CONTENIDO EN LA OBLIGACIÓN; IV. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL ¿CUÁL ES EL FIN DE CONTRATO Y CUÁNDO SE FRUSTRAN? LA PREVALENCIA DE LO IMAGINADO; V. TUTELA PROCESAL DE LA CONFIANZA CONTRACTUAL. LOS REMEDIOS: PRIORIDAD, PREFERENCIA Y EXCLUSIÓN. *CAN YOU ALWAYS GET YOUR MONEY BACK?*; VI. ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE RESOLVER EL CONTRATO: AL JUEZ O A LA PARTE? MODALIDADES DE RESOLUCIÓN: LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA A LA JURISDICCIONAL; VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Fecha de recepción: 3 de julio de 2015.

Fecha de aceptación: 10 de julio de 2015.

** Catedrático de Derecho procesal. Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

Correo electrónico: juan.damian@uam.es.

I. EL CONTRATO Y SU FUNCIÓN SOCIAL. LO PROMETIDO, ¿ES SOLO DEUDA?: LA PREDECIBILIDAD DEL COMPORTAMIENTO COMO BASE DE LA CONFIANZA CONTRATUAL

Aprovechando la oportunidad que me brinda el Consejo de Redacción de esta revista tan prestigiosa, me propongo analizar en esta ocasión un tema de gran actualidad y del que ya se tiene noticia en otras disciplinas, ya que viene ocupando el interés de un importante número de especialistas de Derecho civil y mercantil; se trata obviamente de ese movimiento que tiene por principal objetivo analizar las repercusiones que supondría armonizar o, incluso, unificar la normativa en materia de contratos en el ámbito de la Unión Europea, una cuestión que en nuestro país ha alcanzado un excelente nivel de desarrollo gracias al esfuerzo de un selecto grupo de profesores, muchos de ellos vinculados académicamente a nuestra universidad¹.

En este aspecto, y a pesar de la incidencia que el tema tiene desde el punto de vista procesal, he de reconocer la escasa atención que los procesalistas hemos prestado a los avances que se han ido sucediendo al compás que iban tomando cuerpo las propuestas de armonización, unificación y modernización que desde diversas instancias se están impulsando en esa dirección². Sin embargo, aunque nada hace suponer que un análisis realizado desde la perspectiva del Derecho procesal vaya a aportar demasiado a la discusión, aunque solo fuera por una simple inquietud intelectual y, si acaso, la remota posibilidad de que mi opinión pudiera llegar a servir de algo para entender algunas de las cuestiones que son objeto de estudio, he decidido en todo caso asumir el riesgo de compartir con todos ellos mi punto de vista sobre los aspectos que me suscitan más interés al hilo de este debate.

A mi modo de ver, tras este tipo de iniciativas late una enorme preocupación por reforzar el principio de confianza en el cumplimiento del contrato, una institución que, a pesar de las oscilaciones que ha sufrido y las críticas a las que se le ha sometido, sigue cumpliendo

¹ MORALES MORENO, A.M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006; GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia» en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, Madrid, 2012; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», en *Indret*, 3/2007, p. 6 <www.indret.com>, FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2011, p. 1.652 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1023.

² En nuestro país destaca la «Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborado por la Comisión General del Codificación (PMCC)», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, enero-2009. En el ámbito europeo estos movimientos se han visto materializados en los *Principles of European Contract Law* (OLE LANDO Y HUGH BEALE), 2000 (PECL) y en el *Draft Common Frame of Reference*, 2009 (DCFR). Un tratamiento de conjunto puede encontrarse en Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002 y en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Principios Lando», en Bosh Capdevila, E., *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, p. 151.

una función fundamental en el ámbito de las relaciones entre los particulares pero que se encuentra hoy acuciada por los cambios derivados de la economía de mercado, la internacionalización de las relaciones comerciales y el impacto de las nuevas tecnologías en la forma de contratación y, sobre todo, por la incidencia que sigue teniendo en los derechos de los consumidores³. La implantación de los nuevos sistemas de tutela frente a los abusos a que ha llevado la autonomía de la voluntad, confirma la especial importancia que los poderes públicos siguen concediendo al contrato como fuente de derechos y de obligaciones. Como sabemos ha sido en el seno de las instituciones europeas donde se han ido gestando una serie de medidas para evitar las injusticias que se han estado cometiendo en su nombre y que, en una sociedad aquejada del malsamaritanismo a que ha llevado la codicia de quienes se han aprovechado de sus ventajas, se ha cebado en estos años especialmente en los ciudadanos más desfavorecidos⁴.

Pero al margen de ello, no resultaría exagerado afirmar que el contrato sigue siendo uno de los mejores y más eficaces instrumentos del que se valen los particulares para conformar sus intereses en la forma en que mejor les convenga⁵; en este aspecto, debería seguir siendo un elemento esencial al servicio de los integrantes de una determinada colectividad para la realización de sus proyectos de vida⁶. Como ha destacado uno de los más prestigiosos teóricos en esta materia, Lon L. Fuller, el contrato es, junto con la actividad jurisdiccional y las elecciones, las tres formas básicas de ordenación social⁷. Así pues, parece lógico que el Ordenamiento jurídico haya dispuesto los medios de protección adecuados para garantizar su cumplimiento a fin de que pueda seguir siendo de utilidad a los particulares cuando recurren a él para regular jurídicamente sus relaciones personales, familiares y comerciales.

Porque desde luego para la consecución de esta finalidad uno espera que determinadas declaraciones de voluntad formuladas con intención de obligarse generen el suficiente grado de confianza como para esperar del otro que actúe conforme a lo acordado. David

³ Vid. ATIYAH, P.S., *The rise and fall of the freedom of contract*, Oxford, 1979 y DE BUEN LOZANO, N., *La decadencia del contrato*, México, 1986, p. 320.

⁴ En materia de contratos, Charles FRIED alude a los «malos samaritanos» para referirse a los que se aprovechan de quienes se ven obligados alcanzar acuerdos enormemente desventajosos y que se explican en atención a estado de necesidad en que se encuentran. En opinión de FRIED, *[t]hese bargains are offensive to decency* de modo que esta situación da derecho al perjudicado a reclamar una vez que han cesado las circunstancias que determinaron su celebración FRIED, CH., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981, p. 109.

⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Pamplona, 2010, p. 67. Según este autor, *es una regla de eficiencia económica, ineludible en un sistema de libre mercado; es una regla moral porque exige a cada uno responsabilizarse de las consecuencias de su propia conducta; es una regla de justa distribución de riesgos; es una regla que refleja la racionalidad humana que evita la interferencia de otros sujetos en las decisiones mutuamente aceptadas y, finalmente, es una regla exigida por la neutralidad valorativa de nuestro sistema constitucional ya que impide que no haya nadie que esté legitimado para dictar a los particulares los valores que éstos deba satisfacer en su vida privada o en sus negocios (¡así de claro!).*

⁶ DIEZ-PICAZO, L., «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», en *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Madrid, 2014, p. 97.

⁷ FULLER, L., «The forms and limits of adjudication», en *Harvard Law Review*, vol. 92, n.º 2, 1978, p. 353.

Hume llegó incluso a considerar el cumplimiento de los contratos, junto con la estabilidad de la posesión y la de su transferencia por consentimiento, entre las tres bases sobre las que se asientan la paz y la seguridad en las sociedades civilizadas⁸. Pero nada de eso sería posible si el Ordenamiento jurídico no dispusiera de los remedios adecuados para garantizar la satisfacción de los intereses que cada una de las partes ha puesto en el contrato; el contrato y la promesa que la sustenta, engendra en sí misma un enlace peculiar entre dos personas en virtud de la cual una de ellas tiene derecho a exigir y la otra se halla obligada a cumplir con la prestación prometida: *lo prometido es deuda* (art. 1157 CC). Según ya tuvo ocasión de poner de relieve Hobbes, quien ha cumplido con lo pactado o convenido es que ha guardado su promesa; en cambio quien voluntariamente falta a su promesa se dice que ha incurrido en una *violación de confianza*⁹. La confianza juega pues un papel decisivo¹⁰. Porque la pretensión dirigida al cumplimiento no es producto ni efecto de la promesa sino que se infiere del mismo concepto o noción de pacto; de ahí el axioma *pacta sunt servanda*, que siendo un principio básico en esta materia, siguiendo la perspectiva kantiana podría ser entendido más bien como fruto de un juicio analítico que como un juicio sintético, en la medida en que no incorpora una petición de principio, toda vez que afirmar que los pactos deben ser respetados no dejaría de ser una obviedad pues evidentemente la consecuencia se encuentra implícita en la premisa¹¹.

Por eso lo que habría que preguntarse es si lo prometido únicamente genera un deber desde el punto de vista jurídico, esto es, si simplemente es deuda porque lo dice la ley y, por lo tanto, si es *solo* deuda, o en cambio hay algo más detrás que justifique la obligación de respetar lo convenido en el contrato. Porque tan importante como ser consciente de esa realidad (de que lo prometido es deuda), es saber si existe un deber moral de cumplir los contratos y si existe una regla en la conciencia de los seres humanos que les impulse a cumplir con la palabra dada.

No lo vio así Hume, que entendió que no había nada de mágico en el cumplimiento de los contratos, ni tan siquiera que fuera posible afirmar que existiese un deber moral que impulsara a las personas a cumplir con lo prometido o pactado en el contrato salvo por algo que es ajeno a las exigencias de la ética o de la moral¹²; y probablemente esta sería igual-

⁸ HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Félix Duque, vol. 2, Madrid, 1977, p. 760.

⁹ HOBBS, TH., *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Madrid, 2009, p. 122.

¹⁰ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1957, p. 59 y ATIYAH, P.S., *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981, p. 49. La posición de ATIYAH ha sido objeto de duras críticas; es significativa la beligerancia de HOGG que, incluso, la ha tachado de autoritaria, HOGG, M., *Promises and Contract Law*, Cambridge, 2011, p. 110.

¹¹ Por juicios analíticos se entienden aquellos cuyo predicado está contenido en el concepto mismo y explicitan la cualidad del objeto (la esfera es redonda) mientras que los sintéticos añaden algo más al concepto: es decir, lo amplían (la mesa es de madera), SCHREIRER, F., *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, trad. Eduardo García Maynez, Buenos Aires, 1942, p. 94.

¹² HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, ob. cit., p. 758. A su entender es imposible que la razón por la que uno debe hacer una cosa y el respeto a la razón por la que se hace, sean una misma cosa (el origen del deber moral de hacer algo debe preceder al respeto por la obligación moral por la que se hace).

mente la respuesta que daría por ejemplo el *bad man* al que se refiere Oliver W. Holmes, a quien no le importaría en absoluto qué comportamiento fuera moralmente bueno o malo; uno cumple el contrato o la ley simplemente por evitar la sanción que conlleva su transgresión. Porque para Holmes es precisamente en materia de contratos donde más se manifiesta la confusión entre los deberes morales y los jurídicos: *[n]owhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else*¹³. Y por eso no es casualidad que al Derecho norteamericano no le pase desapercibida esta dimensión procesal de este fenómeno al enunciar el concepto de contrato vinculado a los remedios judiciales que garantizan dicha confianza: *[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 same way recognize a duty*¹⁴.

En sentido radicalmente opuesto se ha manifestado Ronald Dworkin. En su opinión, existe claramente un deber moral de cumplir los contratos y un compromiso ético de respetar la palabra dada sin necesidad de tener que apelar a ninguna petición de principio que a su vez implique invocar la existencia del deber legal de cumplir con lo pactado en los contratos; a su juicio no hay nada de mágico en ello. Existe una responsabilidad moral de cumplir frente a quien ha confiado en las *expectativas* que con nuestros actos hemos alentado deliberadamente, pues no en vano existe una responsabilidad que se antepone a la anterior y que impone el deber de no causar daño a nadie y muy especialmente a quienes esperan que, mediante un contrato, nos comportemos de una determinada manera porque de eso depende cómo lo harán los demás (*we have a general responsibility not to harm other people, and this sometimes includes a responsibility to fulfill expectations that we have deliberately encouraged*); porque cuando no lo hacemos, concluye Dworkin, en realidad no estamos respetando la dignidad de los demás, que es la mejor manera de respetar nuestra propia dignidad, causándoles además un daño que no tendrían que soportar¹⁵.

Thomas Scanlon, partiendo del hecho de que existe un deber moral de cumplir con la palabra dada y no defraudar con ello las expectativas de quienes hemos impulsado a confiar en ella niega, en contra de la opinión de Hume, que aquel deber provenga de un convencionalismo social¹⁶. En este sentido, hay que tener en cuenta que, del mismo modo que de la norma jurídica surge la expectativa de que el obligado por ella observe una determinada conducta, así del contrato nace la expectativa de que las partes del mismo acomoden su

¹³ HOLMES, O. W., «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 1897, p. 462.

¹⁴ *Restatement (Second) of Contracts*, «American Law Institute», 1981.

¹⁵ DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 304.

¹⁶ SCANLON, TH., *What we owe to each other*, 1998, p. 295. Existe una versión traducida por Ernest Weikert García, *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 372-382.

comportamiento futuro a las cláusulas contenidas en él¹⁷; esta es la razón por la que, con una terminología muy acertada, nuestro Código Civil proclame que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes* (art. 1.091 CC). La concepción normativista del contrato, especialmente puesta de relieve por Kelsen, hace de él un elemento equiparable a la norma como fuente de las obligaciones, esto es, como un acto de creación de reglas de Derecho (más o menos efímeras)¹⁸, generador de derechos y obligaciones como si de una ley se tratara y como tal opera de manera similar en el mundo de las relaciones jurídicas; tal como acertadamente ha subrayado Díez-Picazo, ambas contienen formulaciones de *deber ser* que funcionalmente son fácilmente equiparables a los *preceptos* de naturaleza normativa¹⁹.

Lógicamente, más allá de las especulaciones éticas, de la concepción jurídica de la que se analice la cuestión acerca de qué es un contrato y a qué obliga, existen otros aspectos muy importantes que afectan a su nacimiento, desarrollo y extinción y, particularmente, a la determinación de los medios judiciales de protección frente al incumplimiento y, en su caso, al grado de homogeneidad que debe existir entre los remedios materiales y las vías judiciales que las leyes procesales ponen a disposición del perjudicado en los distintos países; de ello depende igualmente algo que nos parece fundamental para la existencia del contrato, como es el saber si la sociedad puede seguir fiándose de si lo que se acuerda en los contratos responde a lo que los sujetos han realmente decidido y si disponen de los (re) medios judiciales para su protección²⁰. No se olvide que en algunos países el contrato no deja de ser visto en muchos casos como un instrumento llamado a proporcionar bienestar a la sociedad y a sus integrantes, que son quienes más interés han puesto en las cuestiones relativas a los remedios, precisamente porque los remedios, esto es, las acciones, son vistas como los instrumentos por medio de los cuales el Estado, a través de sus tribunales, promueve y ampara dicho bienestar en el caso de que uno de los contratantes no actúe tal como se espera que hubiera hecho en virtud del contrato²¹.

¹⁷ La creación de derechos subjetivos a través del contrato fue objeto de especial consideración por parte de WEBER, M., *Economía y sociedad*, edición preparada por Johannes Winckelmann, trad. José Medina Echavarría, tomo I, México, 1964, p. 532.

¹⁸ Según JEREMÍAS BENTHAM, los contratos son leyes más o menos efímeras que los particulares proponen y que el soberano adopta con tal de que sean válidas. *Tratado de legislación civil y penal*, edición de Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, 1981, p. 496.

¹⁹ Díez-PICAZO, L., «Hans Kelsen y el Derecho privado», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. José Corts Grau*, vol. I, Valencia, 1977, p. 247, si bien observa que la diferencia entre la norma general y la norma que surge de la relación contractual radica en muchos casos en las opciones que se ofrecen frente al incumplimiento, aunque tienen en común el que ambas operan como pautas de resolución de conflictos de intereses: *así –concluye– el contrato como la norma no son otra cosa que las bases que se ofrecen para resolver un ulterior conflicto.*

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, tomo I, Valencia, 2013, p. 113.

²¹ SMITH, S., *Contract Theory*, Oxford, 2003, p. 120.

II. EL INCUMPLIMIENTO COMO INEJECUCIÓN («NON-PERFORMANCE»): NI ES ACCIÓN NI ES FIN. ES UN *ESTADO DE COSAS*, NO UN ESTADO DE ÁNIMO

Como acabamos de ver, el contrato es, o al menos así debe entenderse, un instrumento cuya finalidad se proyecta hacia el futuro. Sirve para predecir lo que otros sujetos harán o como se comportarán en un contexto determinado si se cumplen determinadas condiciones. De ahí que materialmente se sustente y se articule formalmente en *promesas y compromisos*²²; esas promesas y esos compromisos, que no son otra cosa que declaraciones de voluntad en las que hemos decidido confiar, son las que nos sirven para programar, como fruto precisamente de la autonomía de la voluntad, nuestros recíprocos proyectos en el ámbito personal, familiar, patrimonial o profesional²³. Y en este sentido, sea cual sea la razón que nos impulse a cumplir con lo acordado, no podemos negar que en este aspecto la *confianza* sigue siendo un elemento básico para el logro de esa finalidad, pues sobre esta noción se sustentan las expectativas que cada contratante aspira a conseguir a la hora de obligarse mediante un contrato.

En este contexto, el eje central en esta materia y con la que ya trabajan los especialistas en el ámbito de la Unión Europea se sitúa sobre la nueva noción de *incumplimiento*. Los principios del Derecho europeo, así como los que se incluyen en las propuestas de modernización de nuestro Derecho en materia de obligaciones y contratos, parten de configurar una noción de «incumplimiento» de forma muy diferente a como se entiende actualmente, alejada de ese elemento de comportamiento vehemente con el que coloquialmente se le conoce, esto es, concebida de una forma mucho más aséptica, genérica y amplia, entendida simplemente como «inejecución»: [*n*]on-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation.

Como acertadamente ha tenido ocasión de poner de relieve el profesor Morales, así configurada, la noción de incumplimiento se erige en el presupuesto común a todos los remedios dispuestos en favor de quien inicialmente se presenta como agraviado; esto permite, dada su amplitud, integrar bajo este concepto el resto de las situaciones susceptibles de abarcar las demás respuestas jurídicas derivadas de esta circunstancia²⁴. Estaríamos ante un concepto de incumplimiento unitario y sustancialmente *neutro*. Para su determinación, en principio, no sería preciso atender a ningún criterio de imputación subjetiva sobre la responsabilidad de quien lo haya provocado o del hecho que lo haya causado (sobvenido o no),

²² HOBBS, TH., *Leviatán*, ob. cit., p. 126. Las Partidas llamaban a los contratos *promisiones* o *pleitos*, señalando que «promission es otorgamiento que facen los omes unos con otros por palabras e con entencion de obligarse avieniendo sobre alguna cosa cierta, que deben dar o facer unos a otros» (Ley 4.^a, Título XI, Part. 5.^a).

²³ FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. José M.^a Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, p. 12.

²⁴ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010, p. 29.

de manera que puede servir de base o de fundamento a cualquier remedio al que el acreedor decida acudir siempre que concurran los requisitos que en cada caso se establezcan²⁵.

La idea que preside esta esta nueva formulación es la de ir hacia la armonización de los remedios²⁶. Y aunque se ha dicho con acierto, que en esta materia armonizar la legislación de países de tradiciones tan diferentes resulta una labor especialmente compleja, y mucho más cuando los remedios ante el incumplimiento no son siempre uniformes²⁷, lo cierto es que esta circunstancia, además de facilitar una mayor fluidez en las relaciones comerciales en el espacio europeo, permitirá alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica en las transacciones económicas y en la protección jurídica que los distintos países ofrecen a los contratantes.

Y esto, que tiene una gran importancia desde el punto de vista del Derecho sustantivo, es también fundamental en el ámbito del Derecho procesal, porque de la misma manera que el *impago* de la prestación debida, entendida tal como viene configurada en el Código Civil (art. 1157 CC), deja de ser el origen o la causa de una acción, el incumplimiento o la inejecución deja de ser el resultado de un acto que depende únicamente del deudor, sino que pasa a ser un *hecho*, no una conducta; de este modo, uno puede haber hecho todo lo posible por cumplir con su obligación o, incluso, creer que está cumpliendo con ella, y sin embargo llegar a producirse la inejecución o el no-cumplimiento («*non-performance*») y, con ello, la insatisfacción del derecho del acreedor, que, como luego se verá, en último extremo es lo que determina el incumplimiento que da lugar a los remedios dispuestos en su favor²⁸.

No creo que sea necesario insistir en que en esta materia la terminología es muy variada, si bien en la mayor parte de los casos responden al mismo fenómeno. El término *acción* y, en su acepción más moderna, *pretensión*, suele utilizarse para referirse en la tradición continental a lo que en el Derecho anglosajón se denominan *remedios*. Así pues, los remedios encarnan los distintos medios judiciales de protección concedidos en favor de quien inicialmente se presenta como agraviado y que en el ámbito del Derecho civil solemos identificar bajo el nombre de acreedor (*creditor*). Frente a él se sitúa el deudor (*debtor*), que es el término con que se suele identificar a aquel sujeto frente al que se dirige la acción y, por lo tanto, al que habría que exigir la prestación reclamada y asumir, en el supuesto de que el juez la estime fundada, la responsabilidad por la lesión del derecho de crédito que haya podido nacer del incumplimiento y respeto del que se solicita la sanción jurídica que deriva

²⁵ GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 36 y MORALES MORENO, A.M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, ob. cit., pp. 26 y 116.

²⁶ VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del contrato y remedios», en *Derecho privado europeo*, ob. cit., p. 550.

²⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., *Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (notas para una reflexión), <www.derechocivil.net/jornadas>, ob. cit., p. 25.

²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dir: Manuel Albaladejo, tomo XVI, vol. 1, Madrid, 1980, p. 8.

de la falta de pago (art. 1.157 CC). Pues bien, todos y cada uno de estos elementos están presentes de una manera u otra en las propuestas europeas a las que nos acabamos de referir, lo que con toda probabilidad permitirá analizar con un razonable grado de uniformidad los problemas que suelen plantearse al tratar de armonizar la legislación correspondiente a los diferentes sistemas jurídicos a los que se intenta aplicar²⁹.

Así pues, procesalmente hablando, frente al incumplimiento así considerado, despersonalizado y frío, no sería posible articular ninguna pretensión. Como se acaba de indicar, el incumplimiento o la inejecución es simplemente un *estado de cosas*, un estado en que queda el contrato después de verificado el incumplimiento o la inejecución y del que extraer una diversidad de consecuencias jurídicas sobre la que sustentar una eventual *pretensión* derivada de la insatisfacción que dicha situación ha producido en el acreedor, entre las que nos encontramos la dirigida a obtener el cumplimiento forzoso de la obligación, la de resolución del contrato o la condena a indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento o, en su caso, la suspensión del contrato o la reducción del precio. Y únicamente podría tener la consideración de *hecho* respecto del que fundar una pretensión, entre otras razones porque a la acción le faltaría el presupuesto material sobre el que deducirla, esto es, lo que denominamos *causa petendi* o causa de pedir y que es la que realmente serviría para identificar la pretensión que se ejercita y sobre la que se sustenta aquella declaración de voluntad a través de cual solicitamos la tutela jurídica que reclamamos del juez.

La demanda, al menos en el Derecho español, no es una simple ocasión para que los tribunales se pronuncien sobre lo que les parezca. Ya sabemos que la causa de pedir no es el motivo por el que se demanda, sino el fundamento sobre el que se apoya el actor para solicitar la consecuencia jurídica de la que extraer la petición que se dirige al tribunal; de ahí que la *causa de pedir* deba estar integrada tanto por los hechos como por los actos o negocios jurídicos en que se sustenta y por los motivos concretos por el que se deduce la acción. Por lo tanto, el *título* de una pretensión vendría constituido por aquel conjunto de acaecimientos jurídicos (hechos, actos o negocios jurídicos) que son invocados por el actor como fundamento de la pretensión, unido al motivo o razón de pedir que sustenta materialmente la concreta tutela jurídica que requerimos del tribunal³⁰.

Y esto, que tiene una significación muy importante en el ámbito de las relaciones jurídicas, adquiere una relevancia especial en la materia que estamos tratando puesto que siendo el incumplimiento únicamente un hecho o un acontecimiento, que es el que determina la pura y simple insatisfacción del acreedor, tiene una serie de repercusiones en el

²⁹ ROCA GUILLAMÓN, J., «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)» <derechocivil.net/jornadas> y SCHULZE, R., «Common European Sales Law», al comentar la Propuesta de «Regulation of the European Parliament and of the council in Common European Sales Law (CESAL)», Baden-Baden, 2102. Sin embargo, no todas son ventajas como ha puesto de manifiesto ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: Perspectiva», en *Derecho privado europeo* (coordinador: Sergio Cámara Lapuente), Madrid, 2003, p. 107.

³⁰ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, 1948, p. 331.

ámbito del proceso de enorme trascendencia. La nueva noción de incumplimiento traslada al perjudicado la necesidad de tener que elegir, de entre los remedios que la normativa le concede, aquel que considere el más adecuado para la defensa de su derecho de crédito³¹. Como veremos, a diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos, la demanda no da la juez libertad para imponer el remedio que mejor le parezca; en virtud del principio de congruencia, ha de pronunciarse sobre aquello que el demandante le pide. Es más, *si lo que pide* en la demanda, entendiendo por tal el efecto jurídico que con la pretensión el actor se propone alcanzar, pudiera fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, la ley impone al actor la carga de aducir en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea posible reservar su alegación para un proceso ulterior ya que, de no hacerlo, los efectos de la cosa juzgada se extenderían implícitamente a cuantos hechos y fundamentos hubieran podido esgrimirse y no se hicieron (art. 400 LEC).

Para enfocar el problema desde una adecuada perspectiva procesal hay que tener en cuenta que es posible que al acreedor se le presenten varias alternativas. En consecuencia, el incumplimiento, al menos tal como viene concebido en los textos a los que hemos hecho referencia, cuya influencia poco a poco va calando como lluvia fina en la jurisprudencia, se asemejaría a una especie de corredor que da acceso a varias puertas (que serían los remedios), de manera que para acceder a su interior y, por lo tanto, a cada uno de ellos, sería preciso utilizar la llave adecuada. Por lo tanto, procesalmente hablando siguen siendo decisivas las razones del incumplimiento a la hora de entablar una demanda (SSTS 225/2015 [Roj 1944]). En definitiva, como acabamos de decir, que hay que seguir dando importancia a las causas que han originado el incumplimiento ya que de ello depende el que uno pueda o no obtener la restitución de lo entregado, la recuperación lo que a uno le pertenece o que decididamente, nos devuelvan el dinero o, si procede, una indemnización por los daños ocasionados por la conducta dolosa o negligente de la parte que lo ha provocado para lo que es preciso especificar la raíz o el origen que lo ha originado³².

III. LA RELEVANCIA DEL DESENLACE. EL CANON DE REFERENCIA: LA EXACTITUD DE LA PRESTACIÓN CON RESPECTO AL PROGRAMA CONTENIDO EN LA OBLIGACIÓN

A estos efectos, y a la vista de cuanto llevamos dicho, resulta especialmente importante saber cómo identificar aquellos elementos que sirven para determinar cuándo estamos ante un incumplimiento contractual en el sentido apuntado anteriormente, y si dentro de ese concepto tan genérico, caben graduaciones más o menos fiables sobre las que fundamentar

³¹ GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 44.

³² QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, tomo I, ob. cit., p. 1530.

nuestra pretensión o, tal como se dice ahora, el remedio que más nos convenga para la defensa de nuestro derecho. En consecuencia, siendo el incumplimiento el presupuesto general común que da lugar a los remedios dispuestos en su favor, la única forma de verificar si ha existido como tal, es mediante una operación de *contraste*, que es el que nos va a servir de canon de referencia³³. Es preciso efectuar un análisis comparativo entre el contenido del contrato, su finalidad y su resultado, y en el que se tome como elemento de comparación el hecho que haya impedido el ejercicio de la prestación prometida y luego determinar su causa, que bien puede ser debida a un acto deliberadamente resistente de una de las partes o como consecuencia de una circunstancia sobrevenida que determina su extinción (caso fortuito o fuerza mayor).

Como subrayó hace tiempo Hernández-Gil, *el cumplimiento es la proyección de la prestación*; es al mismo tiempo *fin y medio*. Es fin en cuanto produce la satisfacción del deudor y es medio porque produce su extinción³⁴. Lo contrario es el incumplimiento. Y no es por otra razón por la que nuestro Código Civil acoge como regla general para calibrar el grado de incumplimiento aplicar el principio de la exactitud e integridad de la prestación con respecto al *programa* contenido en la obligación³⁵, imponiendo a las partes el deber de desplegar todos los medios a su alcance para que la prestación llevada a cabo coincida con la prometida³⁶. En otras palabras, dado que cada una de las partes debe hacer lo que ha prometido, incumplir la obligación equivale a no cumplir el contrato en la forma pactada y por tanto no llevar a cabo exactamente la prestación prometida³⁷.

De ahí que, siguiendo la tradición del Derecho romano, en los Ordenamientos en los que el contrato se concibe como un intercambio de promesas, el incumplimiento de una parte permite el incumplimiento de la otra³⁸. Por eso, nada explica mejor este fenómeno

³³ Según la jurisprudencia [*por cumplimiento de la obligación debe entenderse todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor [...]; de esta forma, la valoración del cumplimiento requiere del contraste entre los actos reales llevados a cabo en la prestación y su posible ajuste o adecuación a los establecidos en el programa de prestación inicialmente pactado. La exactitud de la prestación ejecutada, por tanto, constituye un presupuesto para poder apreciar que el deber de prestación se ha realizado perfectamente cumplido*] (SSTS 701/2012 [Roj 7377]).

³⁴ HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, p. 279. En parecido sentido, LACRUZ BERDEJO donde destaca la íntima conexión entre el cumplimiento con la obligación contraída, esto es, entre el cumplimiento y el negocio que dio origen a la obligación, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones* («Parte general. Teoría general del contrato»), revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2003, p. 128.

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ob. cit., p. 13; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, ob. cit., p. 841. La STS 294/2012 ([Roj 3446]), ratifica esta formulación, afirmando que cuando esta exactitud se quiebra, el demandado puede defenderse oponiendo la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*). En el mismo sentido, STS 89/2013 [Roj, 1049].

³⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 169.

³⁷ LASARTE, C., *Principios de Derecho civil* (Derecho de obligaciones), Madrid, 2008, p. 44.

³⁸ SIMPSON, A.W.B., *A history of the common law of contract* (*The rise of action of assumpsit*), 1975, p. 378.

que la *exceptio non adimpleti contractus*³⁹, que si bien se mira, no es más que un medio de oposición que afecta a la legitimación, porque lo que a través de ella se le está diciendo al actor es que no puede pretender lo que está reclamando, al menos en el momento en que lo está haciendo, no porque no tenga derecho a pedirlo en otro momento, sino porque la ley no le ampara a pedir lo que pide mientras no cumpla antes con lo que le corresponde en virtud del contrato (STS 30/2013 [Roj 594])⁴⁰. El Tribunal Supremo recuerda que dicha excepción, «se ha consolidado, de manera general, como un derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajuste a una exacta ejecución de la prestación debida con la consiguiente insatisfacción del acreedor, proyectándose sus efectos a paralizar o enervar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación [...]». Se trata, pues, de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago, que suspende o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud [...] no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias» (STS 78/2013 [Roj 685]).

Así considerado, el incumplimiento no produciría efectos jurídicos si no se le acompañara de la justificación material necesaria de la que tuviera que nacer un derecho sobre el que ejercitar la acción. Como se ha indicado, el incumplimiento es el resultado de un puro acto de constatación, sin que necesariamente haya de estar vinculado a la voluntad del sujeto a quien se le impute la responsabilidad por esta circunstancia. Por eso, aunque incumplir no deja de significar lo que el término coloquial intuitivamente nos sugiere, y que no es otra que el propósito o la idea de no cumplir, el término *non-performance* («inejecución») no puede seguir siendo entendido como incumplimiento en el sentido tradicional, es decir, concebido como el incumplimiento imputable a una de las partes y como consecuencia de su constatada y deliberada voluntad de no cumplir, pues como ha puntualizado el profesor Morales, *no es un incumplimiento de obligaciones, aunque pueda seguir siendo designado así, sino un incumplimiento de contrato*⁴¹.

³⁹ La idea evoca la clásica formulación de la *stipulatio* romana donde la creación de obligaciones de naturaleza recíproca exigía la existencia de dos estipulaciones de carácter condicional que eran el resultado de la concurrencia de preguntas y respuestas mutuas, HOGG, M., *Promises and Contract Law*, ob. cit., p. 111.

⁴⁰ Esta sentencia asocia precisamente el contenido de este remedio con los principios de Derecho europeo indicando que *[e]sta posición coincide con las previsiones contenidas en el apartado 1 del artículo 9:201 de los principios de Derecho contractual europeo, a cuyo tenor la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias, y 1191 del proyecto de modernización del Derecho de obligaciones, según el cual en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación*. En el mismo sentido, las SSTs 294/2012 [Roj 3446] y 89/2013 [Roj, 1049].

⁴¹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 30.

Gómez Pomar acierta al distinguir a estos efectos entre un *incumplimiento en sentido material* y la *imputación del incumplimiento producido a la parte contractual que ha omitido la conducta contractual prevista*. Mientras el primero estaría constituido sin más por la falta de realización o realización irregular o defectuosa de lo previsto en el contrato (utilizando como criterio de referencia el contrato mismo) y, por lo tanto, sin contar con que se haya producido una infracción a los deberes contenidos en las normas jurídicas asociadas al contrato (de manera que el canon de medición se calcule simplemente a través del *desajuste* entre lo esperado en virtud del contrato y lo obtenido), el segundo es el que estaría llamado a desencadenar la respuesta prevista en la norma frente al incumplidor, en la medida en que haría falta además *la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondería realizar la previsión contractual incumplida*⁴².

Así pues, debido a la neutralidad del nuevo concepto de incumplimiento, ya no podrá ser lo mismo pretender la resolución en el sentido tradicional (*discharge by breach*) que como veremos exige la concurrencia de una voluntad de no querer cumplir, que la resolución por la pura extinción de la obligación debido a la existencia de causas que han sobrevenido con posterioridad y que por supuesto son ajenas a la voluntad del deudor (*discharge by frustration*) y cuya existencia no se hace depender de la voluntad de los contratantes sino de causas ajenas y que determina la terminación del contrato automáticamente, sin más (*and without more*)⁴³.

Es verdad que, en ocasiones, esta cuestión se erige en el objeto central de la controversia ya que el problema radica muchas veces en que no siempre resulta fácil trazar una línea clara entre el *incumplimiento* y la *frustración*, no solo cuando estamos ante el problema de las *frustraciones inducidas*, y que en el fondo son incumplimientos deliberados, sino cuando el fin del contrato está definido o establecido deliberadamente de tal modo que cualquier alteración sobrevenida provoca su frustración⁴⁴.

En esta misma dirección se orientan las propuestas europeas que únicamente vendrían a exonerar al deudor del deber de indemnizar solamente si su comportamiento es jurídicamente «excusable»: *[a] party is entitled to damages for loss caused by the non-performance of an obligation by the other party, unless the non-performance is excused*. La clave sobre la que se asienta la noción de excusabilidad la proporciona aquella normativa que entiende que: *[a] party's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond that party's control and if that party could not be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences*⁴⁵. Eso significa, como se expresa en la Exposición

⁴² GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», ob. cit., p. 8-10.

⁴³ UPEX&BENNETT, *Davis on contract*, 10.^a, Londres, 2008, p. 259.

⁴⁴ ATIYAH, P.S., *An introduction to the Law of Contract*, ob. cit., p. 58

⁴⁵ La doctrina moderna ha tratado de buscar una fórmula de conciliar el contenido de la disposición prevista en el artículo 1.105 del Código Civil para situarla en sintonía con dichas propuestas a fin de que el

de Motivos de la *Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* elaborada por la Comisión General del Codificación, que el deudor *no se exonera por no haber sido culpable, sino que solo se exonera cuando concurren justas causas de exoneración*.

Evidentemente, esto no tendría por qué afectar a las reglas de la carga de la prueba, a menos que el demandante pretenda además la condena a indemnizar, en cuyo caso vendría también obligado a probar que el incumplimiento fue debido a la culpa del deudor, salvo que se entienda que teniendo esta última, o cualquier otra circunstancia semejante, la consideración de hecho susceptible de constituir una excepción frente a la acción ejercitada en su contra, cuando lo que pretendiera el actor fuera además la condena a los daños y perjuicios causados, le correspondería al demandado, por exigirlo así el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de acreditar en todo caso el motivo de su exoneración (por ejemplo, cuando el incumplimiento fuera o hubiera sido *excusable*)⁴⁶.

El *derecho a confiar* al que nos hemos referido supone, en definitiva, que el obligado por el contrato ha de poner toda la diligencia que sea precisa para lograr el cumplimiento de lo pactado y, en consecuencia, comporta el deber de conducirse con cuidado y diligencia, no demorarse, responder ante los hechos que puedan ser previsibles, estar atento a las posibles incidencias que puedan poner en riesgo su cumplimiento o tratar de evitar males mayores que hagan desmerecer el valor de la contraprestación⁴⁷. En fin, nada distinto de lo que cualquier conductor sabe que debe hacer para no causar daños a los demás, y por lo tanto, a nuestro modo de ver, estas reglas operarían en el mundo de los contratos al igual que las normas de circulación, en este caso, de la circulación jurídica. Así pues, para

incumplimiento quede liberado de toda idea de culpa y se sustente en criterios objetivos, de modo que el deudor quede exonerado de la obligación del pago de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento si éstos han obedecido a un impedimento *ajeno a su voluntad y extraño a la esfera de su control*, que es al parecer la manera más idónea y conveniente de considerar cuándo un comportamiento es *excusable* y cuándo no a los efectos de liberar al deudor de su responsabilidad, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 82.

⁴⁶ Como recuerda GÓMEZ CALLE, conforme a las propuestas europeas la culpa por sí sola carece de entidad suficiente como para fundamentar una pretensión indemnizatoria de tal manera que el demandado puede quedar liberado si el incumplimiento es *excusable*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 83.

⁴⁷ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al considerar que de conformidad con el artículo 1.124 la falta de licencia de primera ocupación faculta al comprador a resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor (STS 82/2013 [Roj 1051]). La licencia de primera ocupación *forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada pues no se trata solo de terminar, sino de entregar; obligación esencial del vendedor y para tal entrega útil, es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación*. Por lo tanto, *de no obtenerla en el plazo pactado se incumple la obligación de entrega y se da lugar, en principio, a la resolución*. Así pues, no se trata de determinar si estamos ante un incumplimiento *definitivo* o no, o si este es esencial o no, *sino*, lisa y llanamente, *de incumplimiento* (SSTS 434/2014 [Roj 3174] y 625/2014 [4439]).

precaerse del mal derivado del incumplimiento, cada una de las partes ha de observar *la máxima diligencia posible*; lo humana y razonablemente posible. De ahí, la importancia que la doctrina siga asignando a la necesidad de comunicar cualquier hecho susceptible de impedir o dificultar el cumplimiento de la obligación o que, en su caso, sirva para reducir o mitigar los daños que puedan ocasionarse⁴⁸.

IV. EL INCUMPLIMIENTO COMO INSATISFACCIÓN: EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL ¿CUÁL ES EL FIN DE CONTRATO Y CUANDO SE FRUSTRA? LA PREVALENCIA DE LO IMAGINADO

En este aspecto, cobra especial importancia la tendencia doctrinal que busca en la noción de *incumplimiento esencial* la clave sobre la que pivota la mayor parte de los remedios y, en especial, la resolución contractual y en el que se asienta básicamente la insatisfacción del acreedor en la medida en que esta es la causa o el motivo de la frustración del fin del contrato⁴⁹. Como se ha señalado, no existen negocios abstractos; *todos se hacen por y para algo*⁵⁰. Por lo tanto, para calificar sustancialmente el incumplimiento en principio es irrelevante el motivo por el cual se haya producido, sino su resultado⁵¹. Esta es la razón por la que, para atribuir efectos jurídicos al *desenlace*, sería necesario valorar si este coincide con lo pactado. Siendo la insatisfacción del acreedor un componente básico del incumplimiento, a fin de determinar si lo pactado a su vez coincide con lo proyectado o programado, hay que determinar si a lo proyectado o programado hay que atribuirle relevancia jurídica⁵², pues en eso consiste básicamente la decisión sobre el incumplimiento (*non-performance*): en determinar si la prestación es conforme o no con lo acordado⁵³.

⁴⁸ [T]he party who is unable to perform has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the other party within a reasonable time after the first party knew or could be expected to have known of these circumstances; the other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice. Vid. GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 84.

⁴⁹ Esta es la razón por la que el Tribunal Supremo ha amparado la decisión de una parte de resolver el contrato al entender que más allá de que los incumplimientos no alcancen un nivel suficiente de intensidad como para atribuirle el carácter de incumplimientos resolutorios, en sí mismos considerados, a través de ello si se constata una situación de hecho que evidencie que el contrato no cumplirá las expectativas que cabe esperar de él otorgándole el carácter de *incumplimiento esencial* a las actuaciones del deudor (STS 638/2013 [Roj 6699]).

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 2005, p. 61.

⁵¹ QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, Tomo I, ob. cit., p. 1532.

⁵² CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955, p. 363.

⁵³ SAN MIGUEL PRADERA, tras insistir en que el carácter esencial del incumplimiento se determina atendiendo al resultado que el incumplimiento provoca en la relación contractual, insiste en la conveniencia de que dicha noción se incluya como tal en la propuesta de modernización elaborada por la Comisión General de Codificación, SAN MIGUEL PRADERA, L.P., «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2011, pp. 1.706 (nota 78) y 1.708. El Tribunal Supremo recientemente ha

A la vista de ello se aprecia el importante papel que la doctrina asigna a las *expectativas* en relación con las obligaciones contenidas en los contratos⁵⁴. En este sentido, lo que un contratante espera del otro contratante es que cumpla con las expectativas que puso en el contrato y sobre el que ha hecho depender gran parte del programa contractual pactado⁵⁵. En resoluciones recientes del Tribunal Supremo esta consideración viene claramente sobreentendida cuando alude a la necesidad de que las partes actúen de manera que todas alcancen el *programa de prestación inicialmente pactado*. Y así pues, se produce el incumplimiento cuando se frustran las legítimas expectativas que cada una de ellas puso en el contrato, todo ello sin que tan siquiera tales previsiones se hubieran incorporado expresamente al mismo, bastando incluso con que en algunos casos se infiera de su objeto⁵⁶.

Irremediablemente, todo este planteamiento nos enfrenta al controvertido y eterno tema de la causa *de* los contratos y, sobre todo, de la causa *en* los contratos, toda vez que al contenido de las promesas suelen ir indisolublemente unidos los motivos concretos que impulsan a las partes a celebrar un contrato⁵⁷. En las discusiones doctrinales acerca de la teoría de causa seguramente a los civilistas le ha ocurrido algo similar a lo que a los procesalistas con la teoría de la acción; que sus teorías, *como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas* y en consecuencia no resulta sencillo decantarse por alguna en particular; todas ellas tienen algo de verdad.

Pero, en cualquier caso, una pretensión amparada en un presunto incumplimiento en el sentido examinado exigirá del demandante la necesidad de acreditar la existencia de los hechos que la fundamenten. Para lo cual necesitará con carácter previo, acreditar por y para qué celebró el contrato y en qué circunstancias se hizo y en qué medida ese incumplimiento ha defraudado o no las expectativas que cada uno puso al celebrarlo. En este aspecto, si bien no cabe duda de que la llamada *frustración del fin del contrato* no equivale exactamente a la frustración de las expectativas que cada uno de los litigantes puso en el contrato⁵⁸, es curioso que al final para los tribunales todo acaba descansando sobre el esquivo pero en ocasiones fiable recurso de fundar sus resoluciones en razones de justicia material y resolviendo el

vuelto a insistir precisamente en este planteamiento al entender que se produce un incumplimiento esencial que da lugar a la resolución la entrega de una cosa *aliud pro alio* en contra a lo expresamente pactado cuando esta circunstancia supone la frustración de la finalidad para que se suscribió el contrato (STS 317/2015 [Roj 2345]).

⁵⁴ ATIYAH, P.S., *The rise and fall of the freedom of contract*, ob. cit., p. 779. Últimamente, ZOLL, F., en SCHULZE, R., *Common European Sales Law (Commentary)*, ob. cit., p. 406.

⁵⁵ Por eso en muchos países la responsabilidad no está ligada a la conducta del sujeto que ha incumplido ni le preocupa lo más mínimo, ATIYAH, P.S., *The rise and fall of the freedom of contract*, ob. cit., p. 652.

⁵⁶ Tal es el caso resuelto por la STS 701/2012 ([Roj 7377]) donde se trataba de verificar si resulta un incumplimiento esencial el no poder disfrutar de las vistas cuando el comprador adquiere una casa frente al mar. En parecidos términos se ha pronunciado la STS 537/2012 [Roj 7649]) al considerar que se frustra el fin del contrato por la falta de obtención de la licencia de ocupación y no exista la más mínima certeza de que pueda obtenerse en un plazo razonable (Vid. también la STS 621/2013 [Roj 4847]).

⁵⁷ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 177.

⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones* («Parte general. Teoría general del contrato»), revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2003, p. 432.

litigio tratando de descubrir realmente la verdad que se oculta detrás cada controversia; es, como se ha dicho, el modo realista de entender el negocio jurídico ya enunciado por Federico de Castro, donde la importancia del resultado que se pretende alcanzar a través del negocio trasciende al negocio mismo y afecta a un sinnúmero de cuestiones colaterales pero íntimamente relacionadas con él⁵⁹. Porque al final el juez tiene que tomar una decisión una vez que se haya hecho una idea del trasfondo de la situación con todos sus detalles y circunstancias, y en este aspecto los actores secundarios también juegan un papel esencial en esta representación y son los que muchas veces dan vida a la acción principal. Por lo tanto, cualquier tribunal que tuviera que tomar una decisión sobre una controversia fundada en un eventual incumplimiento en el sentido al que nos hemos referido, precisaría necesariamente de ese dato, que nos parece fundamental.

A fin de superar la confusión creada con ocasión del tratamiento del eterno problema de la causa del negocio jurídico y separar el elemento teleológico del psicológico, Carnelutti llegó a proponer que se sustituyeran los términos de *causa por fin y voluntad por intención*. En su opinión, *todas las veces que falta el fin, falta el mismo acto*. El fin y, por lo tanto, la causa sería *lo imaginado*, el suceso futuro en que se desarrolla el interés del contratante y que, a estos efectos, poco o nada tiene que ver con la intención, lo que evitaría, a su entender, «hacer de la causa un duplicado de la intención»⁶⁰. A veces la determinación de las razones por las que un sujeto ha decidido obligarse, y por las que uno ha llegado a ser capaz de limitar su libertad de acción mediante un contrato, sigue constituyendo un test fundamental para apreciar la existencia del incumplimiento, sobre todo cuando aquellas forman una parte tan relevante de los hechos que fueron tomados en cuenta a la celebración del contrato⁶¹.

Ahora bien, con ser ello cierto, y a pesar de erigirse en un elemento extremadamente útil para calibrar el grado de insatisfacción que en el acreedor el incumplimiento le ha originado, seguiríamos sin saber hasta qué punto hay que llegar a tomar en consideración el propósito *íntimo* en virtud del cual una persona decide alcanzar un acuerdo o, por el contrario, como ha destacado la doctrina más autorizada, es preciso valorar excesivamente el *fin*

⁵⁹ MORALES MORENO, A.M., «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, n.º 36, p. 1529.

⁶⁰ CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, ob. cit., pp. 312-323. FEDERICO DE CASTRO propuso tener en cuenta la *causa concreta o los motivos incorporados a la causa*, en *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 228. Mucho más contundente en cambio respecto de la autonomía de la causa en relación con los motivos o las intenciones se muestra CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral* («Teoría de la relación jurídica»), ob. cit., p. 784., también en tomo III, «Derecho de obligaciones», revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, ob. cit., p. 639 y LASARTE, que excluye claramente que se puedan tener en cuenta los motivos ni las intenciones personales de cada contratante, LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, ob. cit., p. 33.

⁶¹ DWORKIN en *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 307, contrapone el punto de vista de Fried (FRIED, CH., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, ob. cit., p. 9) con el de THOMAS SCANLON, para el que la intencionalidad de obligar y de obligarse en un sentido determinado sigue siendo un elemento esencial para evaluar la corrección moral de una acción de la que derivar responsabilidad de su comportamiento, SCANLON, TH., *What we owe to each other*, ob. cit., p. 295.

práctico perseguido por el negocio, objetiva o abstractamente considerado⁶², aunque como he indicado no debe extrañar que la jurisprudencia haya recurrido indistintamente a cada una de estas concepciones por puras razones de conveniencia o de oportunidad, siempre en función del sentido de la resolución que hayan decidido adoptar en relación con el caso enjuiciado (STS 840/2013 [Roj 354/2014]).

V. TUTELA PROCESAL DE LA CONFIANZA CONTRACTUAL. LOS REMEDIOS: PRIORIDAD, PREFERENCIA Y EXCLUSIÓN. *CAN YOU ALWAYS GET YOUR MONEY BACK?*

El *incumplimiento*, independientemente del motivo que lo haya originado, confiere a su titular el derecho a reaccionar a través de una variada gama de instrumentos procesales: que pueden ir desde la exigencia del cumplimiento forzoso hasta la resolución, pasando por la indemnización de daños y perjuicios, bien de manera sustitutiva o como complementaria a cualquiera de ellas. Como ha señalado Gómez Calle, las propuestas europeas tienen la ventaja de que establecen una ordenación más sistemática de los remedios que se ponen al alcance del acreedor frente al incumplimiento, regulando los presupuestos materiales para que cada uno pueda prosperar si concurren las condiciones legales para su concesión. La principal característica de esta nueva forma de concebir los remedios frente al incumplimiento radica en que concede mucha más libertad al perjudicado para optar por la acción que le parezca más oportuna, y, salvo que el incumplimiento sea excusable, puede recurrir a cualquiera de ellos, excepto en algunos casos el cumplimiento en forma específica y la indemnización⁶³.

Y seguramente todo ello obedezca a la necesidad de conciliar tradiciones jurídicas diferentes, porque es verdad que cada país concede más relevancia a un determinado tipo de remedios que a los otros; no es más que el resultado de una decisión de política legislativa. En definitiva, todo se reduce a una cuestión de prioridades y de preferencias, en donde influyen factores de naturaleza muy diversa (sociológicos, culturales, económicos, etc.). Es más, es en este tipo de planteamientos donde se aprecia con mayor intensidad a qué tipo de interés cada Ordenamiento jurídico concede más prioridad y es indicativo de a qué parte se está dispuesto a favorecer si es que así se quiere, o no dando prioridad a ninguno en particular, lo que pasaría por ofrecerle al perjudicado la posibilidad de elegir indistintamente entre el cumplimiento forzoso o la resolución, o como en principio sucede en el Derecho español, que parecía inclinarse por amparar de manera muy especial el *performance interest*

⁶² Esto es lo que lleva precisamente a De Castro a preguntarse si hay que atender al *fin jurídico* o al *propósito práctico* que han pretendido las partes, si bien se inclina claramente por este último criterio lo que está en sintonía con la concepción «espiritualista» y causalista del sistema español DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, pp. 27-31.

⁶³ GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 45.

que deriva del incumplimiento y en consecuencia dar preferencia a quien ha decidido optar por el cumplimiento específico⁶⁴.

Es verdad que el ejercicio de una acción de condena es enormemente costoso y a veces de resultado incierto debido a las dificultades inherentes a la ejecución de esta clase de condenas. Por eso, como nos indica acertadamente Gómez Pomar, los remedios monetarios son socialmente más inocuos y tienen menor riesgo de destruir o dilapidar recursos escasos⁶⁵; muchas veces resulta más útil y rápido promover una acción en favor de una sentencia al pago de una cantidad en sustitución de la condena a otro tipo de prestaciones. Así, por ejemplo, mientras que en los países del *common law* la acción dirigida al cumplimiento forzoso está sometida a unos condicionantes muy rigurosos y no basta con que el acreedor lo pida para que el juez lo dé, en el Derecho continental está perfectamente asumida como respuesta natural frente al incumplimiento; es más, debido a la influencia de las jurisdicciones de equidad, en el Derecho inglés la condena al cumplimiento no se concede de forma automática; entran en juego y, por lo tanto, se valoran otros factores como por ejemplo como la imposibilidad legal o material (*impossibility*), la excesiva onerosidad para el deudor (*hardship*) o exigencia desproporcionada del acreedor (*unreasonable conduct of the claimant*)⁶⁶.

En este sentido, tal como ha indicado una buena parte de la doctrina, desde el punto de vista material, no existe un derecho incondicionado a obtener, con preferencia de los demás, el cumplimiento forzoso⁶⁷. Por eso, el hecho de que el legislador haya incorporado a la Ley de Enjuiciamiento Civil instrumentos para garantizar el cumplimiento específico de las sentencias de condena, algunos muy contundentes, no es indicativo de nada que deba

⁶⁴ Algunos autores como ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract. A comparative analysis of protection of performance*, 2012, p. 6, han destacado últimamente que la tradicional preferencia del Derecho inglés a sustituir la acción de cumplimiento por la condena dineraria contrasta con el de otros Ordenamientos del Derecho continental que tratan de proteger la existencia de un interés en el cumplimiento como objeto específico de la tutela del acreedor (*performance interest*).

⁶⁵ GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», ob. cit., p. 14, nota 23. Sobre el origen de la regla: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., <<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/04/nemo-ad-factum-cogi-potest.html>>; también en GÓMEZ POMAR, F., «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 otras propuestas normativas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, n.º 4, 2014, p. 1199.

⁶⁶ MORALES MORENO, A.M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, ob. cit. 214. Como nos recuerda Morales Moreno, la Convención de Viena es un buen ejemplo de lo que estamos diciendo, donde en aras a la búsqueda de soluciones uniformes no se permite al acreedor el ejercicio de la acción de cumplimiento si el Derecho del país al que se solicita no reconoce este tipo de remedios, facultad que se hace extensiva incluso a los casos en que la pretensión se dirija a obtener la sustitución de la cosa o su reparación cuando la entregada no sea conforme. MORALES MORENO, A.M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, ob. cit. 191.

⁶⁷ GÓMEZ POMAR cita como representantes de esta tesis a PANTALEÓN PRIETO, CARRASCO PERERA, VERDERA SERVER y FENOY PICÓN, en GÓMEZ POMAR, F., *El incumplimiento contractual en Derecho español*, ob. cit., p. 16.

tener una proyección en el ámbito del Derecho civil; simplemente confirma la disposición del legislador a asegurar la ejecución de las sentencias. Así pues, atribuir eficacia material a las normas que contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia no es una buena solución para dar respuesta a esta cuestión. Las leyes procesales solo regulan el proceso a seguir para la ejecución en función de lo declarado en la fase de cognición previa a la misma. No otorgan derechos subjetivos desde el punto de vista de la relación material discutida. Las normas procesales únicamente están llamadas a facilitar al juez los medios necesarios para garantizar la efectividad de la sentencia, una vez que la haya dictado, y vencer así la resistencia del condenado, pero no para hacer de las normas procesales un complemento de las materiales; estas, y no otras, son las que debe aplicar el juez al resolver la cuestión de fondo controvertida.

La doctrina baraja algunos argumentos que sirven para afrontar el problema del incumplimiento con una serie de pautas que sirven para justificar su procedencia y que legitimarían al perjudicado a optar por este remedio con preferencia sobre los demás⁶⁸. Ya sabemos que esta regla sufre ciertas excepciones cuando nos encontramos ante incumplimientos recíprocos, hasta el punto de que es posible negar legitimación al demandante que insta la resolución cuando el incumplimiento hubiera sido provocado por su propia conducta. Para ello el Tribunal Supremo ha señalado que *[e]l tribunal ha de llevar a cabo una valoración comparativa de ambos incumplimientos, atendiendo no solo al criterio de prioridad cronológica, sino también de causalidad y de proporcionalidad* (STS 121/2013 [Roj 1146])⁶⁹. Todo lo contrario sucedería si el incumplimiento obedeciera a causas ajenas a la voluntad del deudor, por lo que quedaría liberado, no solo de cumplir con su compromiso, sino de su obligación de indemnizar pues, como se ha señalado, el *caso fortuito*, definido como el impedimento imprevisible e inevitable de la obligación, tiene el efecto de exonerar al deudor de su obligación (art. 1.105 CC)⁷⁰.

⁶⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., p. 8.231 que los ha agrupado en función de su fundamento: (a) como medida preventiva, esto es, cuando el cumplimiento forzoso aparece como un suceso incierto y más bien dudoso, incluso, desde el punto de vista económico, cuando existen fundadas razones de que el deudor no podrá hacer frente al cumplimiento por mucho que sea condenado judicialmente; (b) como medida sancionadora derivada de la constatación de una negativa injustificada a cumplir con el contrato, y (c) como medida de equidad. Vid. en este sentido STS 792/2012 [Roj 3150]).

⁶⁹ En el caso resuelto por la sentencia, el Tribunal Supremo echa en falta que el demandado se hubiera limitado a oponer el previo incumplimiento de la actora y no hubiera instando mediante reconvencción la resolución ejercitando la facultad resolutoria del contrato basada en el incumplimiento de la contraparte y concluye: *[S]i la demandada hubiera instado la resolución del contrato basado en el incumplimiento de la actora, en ese caso, el tribunal de instancia se hubiera podido cuestionar la procedencia de acceder a la resolución, pero al no hacerlo, el tribunal no podía tomar en consideración el incumplimiento de la actora para justificar la resolución; es más, el juez debe permitir que el demandando deduzca esta petición mediante reconvencción y el juez no puede negarse a tramitarla* (STS 95/2015 [Roj 559]).

⁷⁰ FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Segunda parte», ob. cit., p. 1.652 y CARRASCO PERERA A., *Derecho de contratos*, ob. cit. p. 993.

Como alternativa a la pretensión de cumplimiento forzoso se encuentra la resolución, pues mientras que el cumplimiento o, en su caso, el equivalente pecuniario que sirva para sustituirlo, constituyen acciones tendentes a garantizar el interés al que el contrato ha procurado satisfacer, bien de manera directa, a través de instrumentos coactivos o, indirectamente, mediante una compensación económica, la resolución trata de *recomponer* la situación situándola temporalmente al momento anterior a la perfección del contrato una vez que, por la causa que sea, no se haya logrado cumplir la finalidad para la que alcanzó el acuerdo y se acredite, además, que no se dan las condiciones para que pueda obtenerse tal resultado mediante otro tipo de remedios⁷¹.

La resolución del contrato se ampara en un sobreentendido *derecho de extinción* que se concede a cualquier acreedor con el fin de poner fin a la relación jurídica que le vincula con el deudor en virtud de unas causas que se estiman razonables⁷². La resolución presupone la existencia de un contrato, válido y eficaz, y se sustenta desde el punto de vista de sus presupuestos en el incumplimiento de las obligaciones fundamentales que justificaron su existencia⁷³. Por lo tanto, en principio no es suficiente, salvo que exista mutuo acuerdo, la inconveniencia por mantener el vínculo contractual. Por eso, el hecho de que al Tribunal Supremo no le sirva cualquier motivo sino que exija que haya de ser un incumplimiento *grave, esencial* y reiterado⁷⁴, reduce el margen de maniobra que la ley otorga al interesado para resolver el contrato. Para el Derecho español sigue primando el principio de la conservación del contrato, incluso cuando a veces el incumplimiento se califique de esencial (STS 8/2014 [Roj 552])⁷⁵; es preciso pues que el incumplimiento haya frustrado de forma relevante las legítimas expectativas del contratante que reclama la resolución⁷⁶.

En todo caso, la esencialidad o gravedad del incumplimiento no está directamente relacionada con la intensidad del mismo sino con los efectos que puede ocasionar sobre el fin de contrato en relación con el programa contractual pactado. Es pues la relevancia del incumplimiento lo que faculta a la parte que inicialmente se presenta como perjudicada a dar por terminada la relación contractual, porque lo que se busca con la resolución no es el cumplimiento ni la compensación, sino la desvinculación, la disolución total y absoluta de la relación, esto es, su extinción y el retorno a la situación anterior mediante la restitución íntegra de lo entregado y, si procediese, la condena por los daños

⁷¹ LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, ob. cit., p. 148.

⁷² TUHR, A., *Derecho Civil*, vol. I, trad. Tito Ravá, vol. II, Madrid, 1998, p. 199.

⁷³ CLEMENTE MEORO, M., *Código Civil comentado* (dirs., Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña y Rosario Valpuesta Fernández), Pamplona, 2011, vol. III, p. 230.

⁷⁴ QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, ob. cit., p. 1524 y GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», ob. cit., p. 36.

⁷⁵ La jurisprudencia alude a la existencia de un *interés jurídicamente atendible* con la que quiere expresar que es posible apreciar abuso del derecho o mala fe en la resolución (STS 743/1914 [Roj 5377]).

⁷⁶ LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, ob. cit., p. 148.

y perjuicios causados⁷⁷. Si no fuera así, al perjudicado no le quedaría otra solución que pedir irremediamente el cumplimiento sin saber el grado de éxito que pueda llegar a tener su acción. Es por ello por lo que a la parte que se presente como perjudicada se le deba permitir incluso a aspirar a la resolución una vez que, intentado el cumplimiento, este haya fracasado⁷⁸; de ahí que muchas veces, la resolución no se presente como fruto del incumplimiento sino en razón a otro tipo de causas que provocan la frustración de la finalidad del contrato, tal como puede ser la imposibilidad inicial de cumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el retraso en el cumplimiento (SSTS 741/2014 [Roj 5347], 743/2014 [Roj 5377] y 744/2014 [Roj 5379])⁷⁹.

Pero, pese a ello, es frecuente que se recurra a la resolución más bien por desafección que por el carácter o la gravedad del incumplimiento, especialmente cuando uno no confía o deja ya de confiar en el otro y cuando no existe el menor interés en mantener el vínculo contractual. En este aspecto, aunque la ley haya puesto en manos del perjudicado una serie de instrumentos para ampararle con el cumplimiento específico de las obligaciones, pareciera más bien como si se le diera al acreedor la oportunidad de optar por la decisión que más le convenga, una vez constatada simplemente la voluntad de no cumplir e independientemente de la entidad del incumplimiento⁸⁰.

Así, pues, la ley situaría al acreedor en la misma situación que si el incumplimiento hubiera devenido imposible; es aquí donde la normativa europea cede a favor de remedios más pragmáticos y menos costosos y que no obligan necesariamente a desplegar una actividad jurisdiccional, que dicho sea de paso, no deja de suponer un gravamen adicional que encarece el remedio dispuesto a su favor. Preconizada ya por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la búsqueda de una concepción unitaria del incumplimiento que solucione los problemas prácticos que esta situación ocasiona, supone un punto de partida que resulta especialmente útil, pues como hemos indicado, evita plantearse otros problemas a los que inevitablemente llevaría el tener que asumir las particularidades que de orden interno existen en los Ordenamientos de cada país.

Por otra parte, sabemos que el ejercicio simultáneo de la acción de cumplimiento y la resolución resulta procesalmente incompatible y por tal razón no pueden acumularse en una misma demanda. Evidentemente, puede ejercitarse la acción de cumplimiento y, posteriormente, la de resolución, acciones a las que no les alcanzaría el efecto del temible

⁷⁷ Hay que tener en cuenta que la resolución opera *ex nunc* de modo que la relación se extingue desde que se declara y por lo tanto la restitución es una pretensión nueva que nace de la misma resolución, VON TUHR, A., *Derecho Civil*, I, ob. cit., 2049.

⁷⁸ QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, ob. cit., p. 1537.

⁷⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA lo admite especialmente en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso o no conforme y que hace a la prestación debida cualitativamente inhábil *aliud pro alio*, GONZÁLEZ PACANOWSKA I., *Comentarios al Código Civil*, ob. cit., p. 8213 y 8220.

⁸⁰ LASARTE, C., *Principios de Derecho civil*, ob. cit., p. 146.

artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero también la doctrina ha aceptado la posibilidad de que pueda ejercitarse la acción de cumplimiento y, subsidiariamente, la acción de resolución, siempre que del resultado de la prueba practicada se demuestre que el incumplimiento ha quedado acreditado y se constate que no hay otra solución a la relación jurídico-material discutida⁸¹. Como sabemos, la acumulación eventual de acciones tiene por objeto evitar que el actor cuya pretensión principal pueda resultar rechazada tenga que promover una acción nueva pero vinculada, jurídica o económicamente, a la primera ya que su finalidad no es precisamente la de liberar al actor del riesgo de que le juez le dicte una sentencia totalmente desestimatoria de la demanda⁸².

La opción de resolver el contrato no se pierde por el hecho de haber intentado el cumplimiento si este ha fracasado (al menos siempre que se haga valer antes de que se haya ejercitado procesalmente la acción de cumplimiento). En todo caso, hay veces en que la acción de cumplimiento es la única posibilidad que le queda a la parte cuando el efecto inherente a la resolución resulta imposible, de manera que el acreedor que ha elegido el cumplimiento podría optar por la resolución exclusivamente cuando el cumplimiento de la otra parte resultara imposible o extremadamente difícil, onerosa o económicamente poco rentable (STC 194/1991)⁸³.

Es verdad que, al margen del componente emocional que siempre acompaña a este tipo de acciones, a veces parecerá más sencillo recurrir a la resolución, que es el remedio que menos problemas plantea desde el punto de vista del coste que supondría su realización a través de los tribunales. Pero, desde el punto de vista moral, es importante valorar también otros factores y no dejar que la restitución y devolución de lo pagado al final acabe siendo el remedio más fácil para quien se lo pueda permitir, ya que bastaría con resolver el contrato para olvidarse del asunto, una fórmula que la doctrina norteamericana asume con toda naturalidad bajo la promesa de que si uno cumple siempre tiene la opción de recuperar lo

⁸¹ La opción inversa presenta algunas dificultades; como señala QUICIOS MOLINA, podría ejercitarse la acción de resolución y, subsidiaria (o, incluso, posteriormente), la acción de cumplimiento siempre que no concurran los presupuestos materiales para obtener la resolución pese a probar el incumplimiento; en este caso, optar por la resolución no supondría renunciar a reclamar el cumplimiento, QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, ob. cit., p. 1536.

⁸² SCHWAB, K., *El objeto litigioso en el proceso civil*, trad. Tomas A. Banzaf, Buenos Aires 1968, p. 112.

⁸³ QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, ob. cit., p. 1537. Procesalmente no habría inconveniente si se ejercitan las ambas acciones de manera acumulada y eventual, siendo la principal la dirigida al cumplimiento efectivo de la obligación y la subsidiaria la que pretenda la resolución pero siempre que la resolución fuera factible (art. 71 LEC). El flautista de Hamelín tendría únicamente la opción de exigir la totalidad de pago del precio pactado por mucho que quisiera obtener la resolución, de la que nada obtendría a cambio sino el precio; el flautista cumplió con su parte del contrato librando a la ciudad de la terrible plaga de ratones, pero no el Ayuntamiento que consideró que la cantidad acordada por el servicio prestado era excesivo a la vista de la facilidad con que lo había hecho, y por eso le abonó solo una parte del precio (diez ducados en vez de los cien que le habían prometido los habitantes Hamelín).

pagado (*you can always get your money back!*), algo que no siempre responde a los criterios de la buena fe⁸⁴.

Sin embargo, las propuestas comunitarias van en esa dirección. Esta cuestión se advierte con mucha más intensidad en las obligaciones sinalagmáticas. Una vez que una parte ha defraudado la confianza de la otra parte y se han frustrado las expectativas que se esperaban obtener del contrato, no parece razonable admitir que el deudor trate de recomponer la situación creada optando por la respuesta que le resulte más beneficiosa o más le convenga, en función de su propio interés. La apuesta por exigir el cumplimiento no es por lo tanto irreversible ni definitiva; todo lo contrario, forma parte de la posible reacción que pueda adoptar el perjudicado ante el cumplimiento pero en modo alguno cierra la puerta a la resolución ni supone entrar en un callejón sin salida para optar por la alternativa, una vez constatada la voluntad de no cumplir (STS 752/2012 [Roj 8054]).

En este aspecto, algunos autores han resaltado con indudable acierto la necesidad de que, a la hora de elegir la acción que resulte más adecuada, el acreedor lo haga honestamente y bajo los parámetros de la buena fe⁸⁵. Por eso constituye un ejercicio abusivo del derecho el utilizar la primera ocasión que a uno se le presenta, bien para reclamar el cumplimiento o bien para obtener injustificadamente la resolución, sin ofrecer ni conceder al deudor la oportunidad de subsanar su incumplimiento inicial, porque en realidad no todos los actos de incumplimiento merecen la consideración de incumplimiento resolutorio: únicamente aquéllos a los que se le atribuya el carácter de «esencial» y «grave» o, como en algunas propuestas se afirma, «fundamental»⁸⁶.

⁸⁴ FRIED, CH., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, ob. cit., p. 112. En esto se distingue claramente una acción cuando la causa que se esgrime es la voluntad deliberada del deudor de no cumplir de aquel otro incumplimiento derivado de la existencia de «caso fortuito» o «fuerza mayor»; en estos casos, como expresa gráficamente el *common law*: «the loss lay where it fell», esto es, desde el momento en que se produce el hecho causante de la frustración; de manera que las cantidades abonadas o las obligaciones pendientes de satisfacer antes de ese momento tienen que ser abonadas o satisfechas pero cualquier otra cantidad u obligación pendiente de satisfacer después de esa fecha se extingue y no tiene porqué ser abonada o satisfecha.

⁸⁵ Así por ejemplo, GÓMEZ CALLE echa en falta en la Propuesta de modernización elaborada por la Comisión General de Codificación una previsión como la que existe en Borrador del Marco Común de Referencia si bien entiende que esta omisión podría ser suplida acudiendo a la cláusula general del artículo 7 del Código Civil, v. GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», ob. cit., p. 45.

⁸⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 30; QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, tomo I, ob. cit., p. 1527. Como propone la profesora JEREZ DELGADO, la traducción al castellano de «incumplimiento esencial» debería corresponderse con el utilizado en los textos que aluden al «fundamental non-performance», *Translating the DCFR and Drafting the CESL. A Pragmatic Perspective*, ed. por Bárbara Pasa y Lucía Morra, Munich, 2014, p. 203.

VI. ¿A QUIÉN LE CORRESPONDE RESOLVER EL CONTRATO: AL JUEZ O A LA PARTE? MODALIDADES DE RESOLUCIÓN: LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL COMO ALTERNATIVA A LA JURISDICCIONAL

Siguiendo el sistema francés la resolución del contrato, salvo que mediase acuerdo entre las partes o surgiera como consecuencia de la pacífica aplicación de una cláusula resolutoria expresa que viniera a sancionar lo que para ambas partes fuera a considerarse un incumplimiento esencial, en la mayor parte de los casos ha requerido intervención judicial. Esto ha sido así porque, al margen de estos casos, la resolución supone una ruptura que no solo provoca la extinción del contrato sino que, por lo general, la resolución va íntimamente unida a una pretensión dirigida a obtener la condena a restituir o a indemnizar (o ambas a la vez) y, por lo tanto, presupone que si la decisión ha sido impugnada o contestada por la parte a quien se opone a ella, en sí la resolución y los efectos que de ella se derivan requieren siempre de una decisión judicial que la reconozca, sin la cual no despliega efectos jurídicos.

La sentencia que acuerda la resolución presupone a su vez el reconocimiento de que concurren los requisitos materiales que permiten declarar el derecho potestativo al cambio de la situación creada en virtud del contrato una vez constatada la causa del incumplimiento o de la inejecución (*non-performance*). Por consiguiente, aunque la resolución pueda estar asociada a determinadas prestaciones accesorias derivadas del hecho mismo del incumplimiento, la decisión judicial tiene una eminente naturaleza constitutiva. Hasta ahora la doctrina había considerado que, en el ámbito de las relaciones jurídicas, la posibilidad de modificar o extinguir los efectos que se dan, o que se presentan como existentes, o bien puede llevarse a cabo por propia voluntad de las partes (cuando se trate de derechos disponibles), o a través de los tribunales, cuando la modificación o la extinción sea controvertida por alguno de los interesados y, por lo tanto, es preciso de la existencia de una resolución judicial que así lo declare, decisión que en todo caso, tendría naturaleza constitutiva (art. 5 LEC).

Una acción es constitutiva en la medida en que el juez reconoce al actor el *derecho a cambiar* una determinada relación jurídica; eso no significa que la ley no permita en algunos casos que este derecho no se pueda ejercitar fuera del proceso, pero en la generalidad de los supuestos, la ley prefiere que por seguridad este cambio necesariamente deba verificarse a través de una resolución judicial; de manera que es la sentencia la que opera el cambio que se solicita, un cambio o una modificación jurídica que no se obtiene si el juez no lo autoriza.

Aun así, auspiciada por las propuestas europeas en materia de contratos, últimamente se está imponiendo una línea doctrinal que vendría a conferir al acreedor la facultad de dar por terminado el contrato extrajudicialmente; de esta forma la resolución podría obtenerse bien mediante una simple comunicación dirigida a la parte a quien se impute el incumplimiento o bien por resolución judicial⁸⁷. Como alternativa al sistema tradicional, las nuevas orientaciones en materia de contratos pretenden generalizar un sistema alternativo que

⁸⁷ CLEMENTE MEORO, M., *Código Civil comentado*, ob. cit., p. 235.

permitiría al acreedor (o al que se presente como tal), la posibilidad de resolver el contrato mediante una simple comunicación efectuada al deudor y que empezaría a surtir efectos desde la fecha de su recepción. Quienes han estudiado esto con más profundidad no aprecian excesivos problemas por el hecho de que pueda admitirse esta modalidad de resolución, tal como ya sucede en otros países⁸⁸.

En todo caso, de admitirse este modo de ejercicio de la resolución, un proceso que algunos entienden *consolidado*, pocos no ignoran a las dificultades que su aplicación presenta en la práctica⁸⁹. Y ello obviamente también no solo desde el punto de vista del Derecho civil sino especialmente en el ámbito del Derecho procesal, en el que tendría una gran incidencia pues no dejaría de suponer un cambio fundamental, que llevaría a tener que invertir los términos en que tradicionalmente se conciben las controversias judiciales en este tipo de asuntos. Entre otras razones porque, salvo que lo que se pretenda sea eso, esto es, colocar a la parte a quien se imputase el incumplimiento ante la tesitura de verse obligado a solicitar del juez una declaración negativa sobre tal manifestación en el no improbable supuesto de que no se conformara con dicha decisión, la trascendencia del nuevo sistema es procesalmente importante⁹⁰.

Por lo tanto, a menos que su ámbito de aplicación se circunscribiese exclusivamente a los contratos en que exista una cláusula expresamente pactada de resolución, o que legislativamente se abandone el sistema hasta ahora vigente y se sustituya este como forma exclusiva de resolver el contrato, afirmar que el contrato puede ser resuelto por la simple manifestación comunicada por quien inicialmente se presenta como agraviado (*a right to terminate [...] is exercised by notice to the debtor*) no añade mucho, salvo desconcierto, a lo que ya sabíamos que en algunos casos podía hacerse⁹¹.

Es verdad que el ejercicio unilateral de la facultad resolutoria realizada extrajudicialmente tiene la ventaja nada desdeñable de que evita que sea el contratante que se presenta como perjudicado el que tenga que soportar los costes de obtenerla judicialmente. En cambio, tiene el inconveniente de que, puesto que se trata de una declaración de voluntad de carácter unilateral, obliga a la parte contraria a ser ella la que soporte los gastos y el riesgo

⁸⁸ En nuestro país es imprescindible acudir a la excelente monografía de SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, ob. cit., p. 403.

⁸⁹ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, ob. cit., p. 147.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, ob. cit., p. 139. Una solución similar se ha defendido respecto de las pretensiones de naturaleza constitutiva dirigidas a obtener la anulación del contrato. Vid. el excelente estudio de JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Pamplona, 2011, p. 96.

⁹¹ No creo que un cambio de esta naturaleza pueda llevarse a cabo de otra manera si no es modificando el Código Civil; vale que se admita como sistema «alternativo» pero no «exclusivo» pues en las actuales circunstancias no se le puede impedir a cualquier contratante pretender judicialmente la resolución pues sería contrario al derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

del proceso si realmente quiere impugnarla⁹². En este caso, tendría que ser la parte a quien se le imputase el incumplimiento quien se viera en la necesidad de combatirla judicialmente. De esta manera, tendría que ser el presunto incumplidor quien se viera obligado a deducir una pretensión a fin de fuera el juez quien decidiera si la resolución estaba justificada o no y, en su caso, que fijase el momento a partir del cual aquella empieza a desplegar sus efectos, que no necesariamente tendrían que coincidir con la fecha de la recepción⁹³.

Procesalmente, hay una gran diferencia entre ambas situaciones, pues mientras en la primera hipótesis estaríamos ante una acción de naturaleza constitutiva, en la segunda bastaría con que el juez declarase si la resolución previamente adoptada es fundada o infundada. La distinción con las acciones constitutivas es clara: como señaló Chiovenda, en el caso de las acciones mero-declarativas, el juez debe limitarse a verificar lo que ya ha ocurrido (*avvenuto*) y extraer las consecuencias que, de acuerdo con la ley, se deriven de ello; en el caso de las acciones constitutivas el juez deberá declarar qué es lo que debe ocurrir (*debe avvenire*) y, si entiende que la pretensión es fundada, operar el cambio⁹⁴.

El Tribunal Supremo, a falta de un criterio legal, tampoco ha logrado aclarar demasiado esta cuestión pues ha señalado que en efecto el artículo 1.124 sí *permite el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora pero siempre a reserva de que esta, si es que no estuviera conforme, acuda a los tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual*, en cuyo caso esta resolución tendría lugar, no cuando se produjera el incumplimiento sino cuando la parte que se presenta como perjudicada por él lo hubiese comunicado a la otra parte mediante una declaración o a través de un acto inequívoco o concluyente con el mismo significado y eficacia (STS 431/2013 [Roj 3679])⁹⁵.

⁹² También se han opuesto algunas objeciones de orden material y que afectan al impacto que una decisión extrajudicial provocaría en el ejercicio de determinados derechos pues en opinión de algunos autores esta solución tampoco asegura convenientemente el ejercicio de ciertas facultades que concede la ley en relación con aspectos tan esenciales como por ejemplo la concesión de una nueva oportunidad para el cumplimiento, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, p. 99. A mi modo de ver no creo que fuera incongruente una decisión judicial que así lo permitiera y concediera al deudor un nuevo plazo para que pudiera cumplir con su obligación GARCÍA PÉREZ, R., «El incumplimiento anticipado o previsible *anticipated non performance* como incumplimiento resolutorio en la propuesta de modernización del Código Civil», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7-2012, p. 44.

⁹³ QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos*, tomo I, ob. cit., p. 1544.

⁹⁴ CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, trad. José Casáis Santaló, tomo 1, Madrid, 1977, p. 234. Por ese motivo, la *cosa juzgada* únicamente se produce cuando la sentencia es desestimatoria, esto es, cuando el juez deniega el derecho a que el cambio de la situación solicitada se produzca ya que la cosa juzgada impedirá que se pueda volver a plantear la misma acción en un proceso posterior (salvo que el fundamento sea diferente). Contrariamente, cuando la sentencia sea estimatoria, lo que hace el juez es reconocer la existencia del derecho al cambio solicitado, lo que produce efectos constitutivos (que nada tiene que ver con el efecto de cosa juzgada).

⁹⁵ Vid. SALAS CARCELLER, I., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», en GARCÍA PÉREZ/GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Pamplona, 2015, p. 397.

Así pues, para integrar dicha modalidad en el conjunto de los mecanismos que favorecen el ejercicio de los derechos habría que entender, al menos desde un punto de vista teórico, que al igual que quien ejercita judicialmente un derecho lo hace por su cuenta y riesgo, asumiendo la responsabilidad que contrae, lo mismo tendría que suceder en la hipótesis a la que nos estamos refiriendo, no en vano la demanda judicial de un derecho no es más que una forma de su ejercicio; y entender también que la declaración extrajudicial de resolución, adoptada unilateralmente por quien inicialmente se presenta como agraviado, se lleva a cabo bajo su exclusiva responsabilidad, asumiendo también las consecuencias que acarrea su decisión. Y, por lo tanto, en el supuesto de que dicha decisión sea impugnada o contestada judicialmente por el deudor, eso no le liberaría (como no lo habría hecho en un proceso judicial que él mismo hubiera iniciado), de la carga de probar el hecho constitutivo de su pretensión: la existencia de una causa grave de incumplimiento o incumplimiento esencial porque, al oponerse, en realidad no estaría haciendo otra cosa que sosteniendo la existencia de aquel y, en consecuencia, manteniendo que efectivamente había una causa justificada para haber resuelto el contrato.

En este aspecto, sería importante subrayar que el acreedor, en la medida en que considerase que lo es, tendría que ser, no solo *coherente* con su postura, sino lo que es más importante, en la hipótesis de que la declaración haya sido impugnada judicialmente, *congruente* con las causas esgrimidas en su notificación y que en su opinión fueron determinantes del incumplimiento, a las que quedaría vinculado so pena de situar a la otra parte en una situación de indefensión. De esta manera, al acreedor demandado, en el supuesto de que lo fuera, no deberían admitírsele otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación. Eso significa que si no prosperase la demanda instada por el deudor, la sentencia no podría llegar a tener efectos constitutivos sino declarativos ya que el efecto constitutivo y, en consecuencia, el cambio que a través de él se opera, ya habría tenido lugar y sus efectos habrían de retrotraerse al momento de la notificación; de suerte que la decisión judicial confirmatoria de la resolución en principio no podría ser objeto de ejecución salvo que hubiera mediado una reconvencción del demandado llamada a obtener la eventual condena para garantizar así el cumplimiento de los efectos que suelen ir íntimamente unidos a la resolución del contrato⁹⁶.

Pero además hemos de tener en cuenta que mediante el eventual ejercicio de una acción declarativa por parte del contratante a quien se le hubiera reprochado el incumplimiento, lo único que podría conseguir es simplemente despejar la incertidumbre sobre la existencia de una determinada situación jurídica, en este caso, la que vendría provocada por la comunicación resolutoria de quien se considera víctima del aquel. Por lo tanto, al combatir la causa

⁹⁶ En coherencia con la tesis que ha venido manteniendo, RODRÍGUEZ-ROSADO ha defendido que estaríamos ante un derecho potestativo ejercitable mediante una declaración extrajudicial que no extingue sino que simplemente transforma la relación jurídica mediante otra que obliga a la restitución y a su vez pretende la condena al pago de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013, p. 158.

de la resolución, no se entendería (o se entendería mal) que no dedujera al mismo tiempo y en la misma demanda una acción tendente a exigir el cumplimiento del contrato, a lo que por otra parte a lo mejor debería estar obligado a tenor de lo dispuesto en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es más, podría incluso decirse que estaríamos ante una acción de cumplimiento encubierta si no fuera porque para ello sería preciso ejercitarla expresamente⁹⁷. Porque si, como ha destacado la doctrina, está claro que en un proceso estándar la excepción de incumplimiento opuesta por el demandado podría llegar a ser calificada de *oportunist*a si quien la esgrime aspira únicamente a la desestimación de la demanda que le exige el cumplimiento sin reclamar el cumplimiento de su contrario ni aspirar al menos la resolución o la rebaja del precio⁹⁸, por idéntica razón habría que calificar igualmente de oportunista a quien, al impugnar judicialmente la resolución, se limita solo a eso y no exige el cumplimiento del contrato.

Otro aspecto importante y que deriva de lo anterior consiste en saber si este nuevo modelo alternativo de resolución tiene alguna incidencia en las reglas de distribución de la carga de la prueba; desde luego, si aplicáramos literalmente la previsión contenida en artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte a quien se le dirigió la comunicación resolutoria y a quien precisamente se le recrimina ser el causante del incumplimiento, si quiere oponerse ella, evidentemente tendría que *probar que cumplió* exactamente con su obligación, lo cual en un contexto en que el acceso a las fuentes de prueba fuera sencillo no generaría ningún problema, máxime si la opción del legislador en este tipo de soluciones pasase por favorecer la posición procesal de la parte que haya optado por acudir a la resolución extrajudicial.

Pero si no fuera así, al menos desde un punto de vista especulativo, se podría llegar a pensar que para eludir estos inconvenientes sería posible llegar a plantearse, y en su caso admitir como premisa teórica, que esta nueva modalidad de resolución extrajudicial no produce una alteración en la posición de los sujetos de la relación material controvertida; de esta forma el acreedor seguiría siendo *acrededor*, soportando por ello la carga de acreditar el incumplimiento, y el deudor, aunque se viera eventualmente obligado a demandar judicialmente a quien dio por supuesta la resolución, seguiría siendo *deudor* y vendría obligado a probar su *no-incumplimiento*. Para ello, bastaría con considerar que seguiría correspondiendo al demandado-acrededor la prueba del incumplimiento de modo que, para este, el incumplimiento seguiría teniendo la categoría de hecho constitutivo.

No conviene ignorar que en ocasiones, la simple negativa de un hecho puede reducir sensiblemente las posibilidades defensivas de una parte, en este caso de la parte que solicita

⁹⁷ Muy significativo es el caso resuelto por la STS 95/2015 ([Roj 559]), en el que incomprensiblemente el juez de instancia impidió al demandado que había tomado previamente la iniciativa resolver extrajudicialmente el contrato, deducir mediante reconvencción los pedimentos derivados su decisión.

⁹⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, ob. cit., p. 1064.

la protección de un derecho sencillamente por las dificultades con que se tendría que enfrentar para probar el hecho en que fundamenta su pretensión; de ahí que la ley recurriendo a criterios de disponibilidad y facilidad probatoria atribuye normalmente al juez la facultad de apreciar la conducta procesal de la parte que trata de beneficiarse de la aplicación estricta de las normas sobre la carga de la prueba, trasladando la carga de la prueba a la parte que tiene mayores posibilidades de probar un hecho (art. 217 LEC).

Es evidente por tanto que las vicisitudes procesales a que puede dar lugar la coexistencia de ambos sistemas pueden resultar procesalmente agotadoras. Hay que tener en cuenta, además, que normalmente el ejercicio de la resolución extrajudicial suele venir asociada a la petición de restitución o de indemnización y no es descartable aún que, en la declaración extintiva realizada extrajudicialmente, se haga valer ante el ejercicio de una acción de cumplimiento deducida por la parte a quien se impute el incumplimiento⁹⁹. En este aspecto, hay quienes de ello han extraído la conclusión de que si se admitiera la resolución extrajudicial, correlativamente habría que admitir igualmente la posibilidad de hacer valer la resolución así declarada por medio de excepción al menos antes de que deudor incumplidor pretendiera su cumplimiento¹⁰⁰.

Al final, pues, la judicialización de la resolución es prácticamente inevitable y se perdería ese efecto tan beneficioso que al menos la doctrina le reconoce al sistema jurisdiccional de la resolución de los contratos, como es la de evitar la situación de incertidumbre que sobre el contrato supondría mantener un remedio alternativo de esta naturaleza. Hemos partido al inicio de este trabajo de la necesidad de dotar al Ordenamiento jurídico de los medios con que generar confianza en el contrato y la situación descrita, particularmente en este punto, no contribuye precisamente a esa finalidad; urge que legislativamente se adopte una posición que permita a las partes saber a qué atenerse en relación con esta materia. Pero parte del problema quedaría eliminado si la jurisprudencia adoptara una postura clara sobre este tipo de cuestiones si no se quiere que las tasas de litigiosidad se incrementen debido a la inconsistencia que se observa en relación con la interpretación de las normas relacionadas con la resolución contractual.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «La unificación del Derecho privado en la Unión Europea: Perspectiva», en *Derecho privado europeo* (coordinador: Sergio Cámara Lapuente), Madrid, 2003, p. 107;

- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

⁹⁹ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, ob. cit., p. 139.

¹⁰⁰ RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación, resolución del contrato y excepción de contrato no cumplido», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Julio, 2013, p. 33.

- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- ATIYAH, P.S.: *Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 2005;
- *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981;
 - *The rise and fall of the freedom of contract*, Oxford, 1979.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir.: Manuel Albaladejo, tomo XVI, vol. 1, Madrid, 1980.
- *Tratado de contratos*, tomo I, Valencia, 2013.
- CLEMENTE MEORO, *Código civil comentado* (dirigido por Cañizares Laso/De Pablo Contreras/Orduña Moreno/Valpuesta Fernández), Pamplona, 2011.
- CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Pamplona, 2010.
- CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral* («Teoría de la relación jurídica»), ob. cit., p. 784. También en tomo III, «Derecho de obligaciones», revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1992.
- CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, trad. José Casáis Santaló, tomo 1, Madrid, 1977.
- DE BUEN LOZANO, N., *La decadencia del contrato*, México, 1986.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1957.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Hans Kelsen y el derecho privado», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. José Corts Grau*, vol. I, Valencia, 1977;
- *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Madrid, 2014;
 - *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO., *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, 2011.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2011.

- FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. José M.^a Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998.
- FRIED, CH., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981.
- FULLER, L., «The forms and limits of adjudication», en *Harvard Law Review*, vol. 92, n.º 2, 1978, p. 353.
- GARCÍA PÉREZ, R., «El incumplimiento anticipado o previsible (anticipated no performance) como incumplimiento resolutorio en la propuesta de modernización del Código Civil», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7-2012, p. 44.
- GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia» en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, Madrid, 2012.
- GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», en *Indret*, 3/2007, p. 6, <www.indret.com>;
- «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 otras propuestas normativas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, n.º 4, 2014, p. 1199.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios al Código Civil* (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013;
- «Principios Lando», en Bosh Capdevila, E.: *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, p. 151.
- GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, 1948.
- HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960.
- HOBBS, TH., *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Madrid, 2009.
- HOGG, M., *Promises and Contract Law*, Cambridge, 2011.
- HOLMES, O. W., «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 1897, p. 462,
- HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Félix Duque, vol. 2, Madrid, 1977.
- JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Pamplona, 2011;
- «The translation of the DCFR: the Spanish Experience» en Pasa, B. & Morra, L.: *Translating the DCFR and Drafting the CESL. A Pragmatic Perspective*, Munich, 2014.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones* («Parte general. Teoría general del contrato»), revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2003.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho civil* («Contratos»), Madrid, 2014.
- MORALES MORENO, A.M., «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, n.º 36, p. 1529.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010.
 - *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1023.
- QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de contratos* (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo I, Valencia, 2013.
- ROCA GUILLAMÓN, J., *Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)* <www.derechocivil.net/jornadas>, ob. cit., p. 25.
- RODRIGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract. A comparative analysis of protection of performance*, Nueva York, 2012.
- RUBIO TORRANO, E., «Incumplimiento de la obligación, resolución del contrato y excepción de contrato no cumplido», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, julio, 2013, p. 33.
- SALAS CARCELLER, I., «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», en García Pérez/González Pacanowska: *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Pamplona, 2015, p. 397.
- SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, 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?», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2011.
- SCANLON, TH., *What we owe to each other*, 1998, p. 295 (existe una versión traducida por Ernest Weikert García: *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, Barcelona, Paidós, 2003).
- SCHREIRER, F., *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, trad. Eduardo García Maynez, Buenos Aires, 1942.

- SCHULZE, R., «Common European Sales Law», Baden-Baden, 2102.
- SCHWAB, K., *El objeto litigioso en el proceso civil*, trad. Tomas A. Banzaf, Buenos Aires 1968.
- SIMPSON, A.W.B., *A history of the common law of contract (The rise of action of assumpsit)*, 1975.
- SMITH, S., *Contract Theory*, Oxford, 2003.
- TUHR, A., *Derecho Civil*, vol. I, trad. Tito Ravá, vol. II, Madrid, 1998.
- UPEX&BENNETT, *Davis on contract*, 10.^a, Londres, 2008.
- VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del contrato y remedios», en *Derecho privado europeo*, en *Derecho privado europeo* (coordinador: Sergio Cámara Lapuente), Madrid, 2003, p. 107.