

La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español

José Luis Barrera Llorca

<http://hdl.handle.net/10803/432787>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

TESIS DOCTORAL

Título	La renuncia preventiva a la facultad resolutoria en Derecho Civil Español
Realizada por	José Luis Barrera Llorca
en el Centro	Facultad de Derecho ESADE
y en el	Departamento de Derecho Privado
Dirigida por	Dr. Sergio Llebaría Samper

Tesis doctoral presentada por:

D. José Luis Barrera Llorca

Y dirigida por:

Dr. Sergio Llebaría Samper

Catedrático de Derecho Civil

ESADE *Law School*. Universitat Ramon Llull

A Bibiana y a la memoria de mi padre

LISTA DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AC:	Aranzadi Civil: Revista Quincenal
ADC:	Anuario de Derecho Civil
BullCiv:	Bulletin Civil (des arrêts des chambres civiles)
CC:	Código Civil español de 24 de julio de 1889
CCJC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom:	Código de Comercio español de 22 de agosto de 1885
Cdo.:	Considerando de resolución judicial
CE:	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CEC:	Código Europeo de Contratos o “Proyecto de Pavía” (Congreso de Pavía de 1990)
CISG:	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)
D.A.:	Disposición Adicional
DCFR:	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (2007)
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado
FJ:	Fundamento Jurídico de resolución judicial
LAU:	Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)
LC:	Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)
LCC:	Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo)

LCGC:	Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril)
LCS:	Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre)
LDAT:	Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 1 de enero)
LGPU:	Ley General de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984 de 19 de julio)
PDCE:	Principios de Derecho Contractual Europeo (2000)
PRPECCR:	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (2011)
RDC:	Revista de Derecho Civil
RdP:	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDP:	Revista de Derecho Privado
RJ:	Repertorio de Jurisprudencia Westlaw-Aranzadi
RJC:	Revista Jurídica de Catalunya
RTDC:	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STJC [U]E:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad [Unión] Europea
TJC [U] E:	Tribunal de Justicia de la Comunidad [Unión] Europea
TS:	Tribunal Supremo

TRLGDCU

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. [Página 15]

1.- Origen del trabajo. [15]

2.- Precisiones metodológicas. [20]

**CAPÍTULO I: LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DE LA FACULTAD RESOLUTORIA
(ART. 1124 CC). APROXIMACIÓN A EFECTOS DE UNA EVENTUAL RENUNCIA
PREVENTIVA.** [23]

1.- Características de la facultad resolutoria. [23]

2.- Fundamento de la resolución por incumplimiento. [31]

2.1.- Teorías en torno al fundamento de la resolución por incumplimiento. [32]

2.2.- Mi posición en torno al fundamento de la facultad resolutoria.
[39]

3.- Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la facultad resolutoria. [43]

3.1.- La existencia de vínculo contractual vigente. [45]

3.2.- Reciprocidad de las prestaciones. [48]

3.3.- Esencialidad y exigibilidad de la prestación incumplida. [55]

3.4.- Incumplimiento del deudor. [62]

3.4.1.- Imputabilidad del incumplimiento. [62]

3.4.2.- Gravedad del incumplimiento. [67]

3.4.3.- Retraso en el cumplimiento. Mora e incumplimiento. [72]

3.4.4.- Incumplimiento total vs. incumplimiento parcial. [77]

3.5.- *La llamada voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.*

[80]

3.6.- *La inexistencia de incumplimiento en quien resuelve.* [86]

4.- Efectos de la resolución por incumplimiento. [90]

5.- Conclusión en torno a la configuración legal de la facultad resolutoria, sus presupuestos y cómo ellos inciden en la renuncia preventiva al remedio. [91]

CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DE LA RENUNCIA PREVENTIVA EN OTRAS FUENTES Y SISTEMAS. [95]

1.- La admisibilidad de la renuncia preventiva en derecho francés. La Sentencia de 3 de noviembre de 2011 de la *Cour de Cassation*. [96]

2.- La admisibilidad de la renuncia preventiva en derecho italiano. La jurisprudencia de la *Corte Suprema di Cassazione*. [103]

3.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en la CISG. [110]

4.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en los PDCE. [113]

5.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en el DCFR. [117]

6.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en los Principios UNIDROIT. [120]

7.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en la PRPECCR. [124]

8.- Recapitulación y planteamiento de la cuestión en derecho español. [126]

8.1.- *Conclusiones en torno a la disponibilidad del remedio en derecho comparado.* [126]

8.2.- *Sobre el carácter disponible de la resolución en España.* [127]

8.3.- *Posibles manifestaciones de la autonomía de la voluntad en la facultad resolutoria.* [130]

CAPÍTULO III: LA RENUNCIA PREVENTIVA A LA RESOLUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA: ÁMBITO GENERAL. [133]

1.- Críticas a la renuncia previa al incumplimiento. [133]

1.1.- Primera crítica: desconocimiento o imprevisión del renunciante.
[133]

1.2.- Segunda crítica: el pacto convierte en independientes dos compromisos recíprocos. La renuncia afecta a la causa del contrato.
[137]

1.3.- Tercera crítica: la renuncia, unida a una situación de insolvencia, puede implicar irresponsabilidad del deudor. [140]

1.4.- Cuarta crítica: el pretendido carácter sancionador de la resolución impediría la renuncia al remedio. [142]

2.- Admisibilidad de la renuncia al remedio resolutorio. [143]

2.1.- Argumentos en cuanto al fundamento y finalidad del remedio.
[143]

2.2.- Un punto de partida: la STS de 2 de julio de 1992. [151]

3.- Límites al pacto de renuncia a la resolución. [156]

3.1.- Primer límite: ausencia de vicios del consentimiento en la renuncia. Especial referencia a los deberes precontractuales de información. [156]

3.2.- Segundo límite: carácter inequívoco de la renuncia. [167]

3.2.1.- La renuncia preventiva ha de ser inequívoca y expresa.
[167]

3.2.2.- La posible reasignación del riesgo como consecuencia de la renuncia. [170]

3.2.3.- Renuncia y alteración sobrevenida de las circunstancias.
[180]

3.3.- Tercer límite: la interdicción de la inermidad del acreedor. [182]

3.3.1.- La renuncia no puede ser ablativa. [182]

3.3.2.- La posibilidad de exigir el cumplimiento. [186]

3.3.3.- *Eficacia de la renuncia en situaciones concursales.* [196]

3.4.- *Cuarto límite: incumplimientos dolosos.* [204]

3.5.- *Quinto límite: la moral, el orden público y el no perjuicio a terceros.* [207]

4.- El papel de la buena fe. [210]

CAPÍTULO IV: LA RENUNCIA PREVENTIVA A LA RESOLUCIÓN EN CONTRATOS DE CONSUMO CON CONDICIONES GENERALES: ÁMBITO ESPECIAL. [213]

1.- Introducción al problema. Normativa de aplicación. [213]

2.- La naturaleza del control de legalidad de los arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU. [219]

3.- Delimitación de la cláusula abusiva a través de la buena fe y del derecho dispositivo. Listado, *rectius*, listados de cláusulas abusivas. [225]

4.- El art. 86.5 TRLGDCU: interpretación y alcance de la intangibilidad de la facultad resolutoria. [231]

CONCLUSIONES. [239]

BIBLIOGRAFÍA. [247]

INTRODUCCIÓN.

1.- Origen del trabajo.

El origen del presente trabajo se encuentra en el ejercicio profesional del Derecho, en concreto en aquellas intervenciones que exigen la negociación de contratos de compraventa de acciones (*"Share Purchase Agreements"*) o de contratos de compraventa de líneas de negocio de empresas (*"Business Sale and Purchase Agreements"*). En estos contratos es común establecer un régimen específico de responsabilidad por incumplimiento, derogando de forma expresa el previsto en el derecho privado –supuestamente- dispositivo. En concreto, es habitual que el vendedor se plantee blindar la operación de forma que se excluya la facultad resolutoria como remedio del comprador frente a un posible incumplimiento grave de los compromisos descritos en el contrato. Generalmente el vendedor pretende que la transmisión sea irreversible, ya sea porque quiere desligarse, sin vuelta atrás, del negocio o empresa que vende, ya sea por la dificultad que entraña el tener que devolver las prestaciones en caso de resolución (puede haber habido, a título de ejemplo, fusiones o escisiones que harían casi imposible la vuelta de las cosas a su estado anterior). A cambio de esa renuncia preventiva al remedio resolutorio suele recogerse en este tipo de contratos un abanico de remedios indemnizatorios dirigidos a asegurar el resarcimiento del comprador en caso de incumplimiento del vendedor¹, identificándose esencialmente el concepto de incumplimiento con la

¹ Si bien, no sin importantes limitaciones, como es el caso de cláusulas que limitan el importe máximo de responsabilidad (*maximum liability clauses*), cláusulas que establecen umbrales cuantitativos de perjuicios o daños debajo de los cuales no cabe responsabilidad (*de minimis clauses*) o incluso

inexactitud de determinadas *Representations & warranties* que emite el vendedor por medio de listados más o menos extensos que se adjuntan al contrato de compraventa.

Pero, ¿es posible en derecho español renunciar anticipadamente a la resolución? ¿Vale cualquier renuncia pactada por las partes? ¿Con qué extensión se puede limitar el remedio?

El CC no se prodiga en exceso en cuanto a la regulación de la cuestión. El art. 1124 CC no es precisamente paradigma de exhaustividad y, si bien es cierto que el precepto ha dado lugar a un sinfín de pronunciamientos jurisprudenciales, más lo es que éstos no siempre han sido homogéneos a la hora de configurar el remedio, lo que dificulta el saber a ciencia cierta hasta dónde llegan los límites de la autonomía de la voluntad en la facultad resolutoria.

El punto de partida de la discusión parece claro. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento constituye uno de los mecanismos de defensa del contratante cumplidor frente al contratante incumplidor en sede de contratos generadores de obligaciones recíprocas. En este tipo de obligaciones existe una interdependencia entre las prestaciones que hace que éstas deban ejecutarse de forma simultánea. De esta manera, ante el incumplimiento, y más allá de la pretensión de cumplimiento, el contratante no incumplidor está facultado a negarse a cumplir la obligación que le corresponde (*withholding performance*) oponiendo lo que ha venido en llamarse excepción de incumplimiento de contrato -*exceptio non adimpleti contractus*-, o, incluso, puede llegar a desligarse de la obligación misma

cláusulas franquicia que sólo permiten reclamar cuando el conjunto de daños que sobrepasa el límite de *minimis* antes descrito, supera además en función agregada una determinada suma ("*basket clauses*").

interesando la resolución del vínculo.² Esa doble facultad se justifica en que, en el ámbito de las obligaciones recíprocas, la prestación de una de las partes constituye la razón por la que la otra se obliga a la suya.

El nexo de interdependencia en las prestaciones al que acabo de hacer referencia es lo que ha venido en llamarse *sinlagma* y tiene una doble proyección. Por un lado se habla de *sinlagma genético* para referirnos a que en el nacimiento de la relación obligatoria, el deber de prestación de cada parte constituye la causa por la que la otra parte se obliga a realizar la prestación que le es propia. Por otro lado, se habla de *sinlagma funcional* en tanto que, nacida la obligación, las prestaciones a las que se obligan las partes son interdependientes funcionalmente, esto es, deben cumplirse de manera simultánea.³ La consecuencia de no tener que cumplir un contratante previamente al otro –salvo que medie pacto en cuanto a plazo–, es que ninguno de ellos incurre en mora hasta que no cumpla la contraparte (art. 1100 CC).

Pero acontece que la forma en que la doctrina y la jurisprudencia han construido la facultad resolutoria hace que ésta no siempre constituya respuesta

² DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Tomo II. Sexta Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008. Pág. 803.

³ Dispone la STS de 18 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 9322] que “[...] las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un *sinlagma* doble, el genérico en cuanto a atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente”, y como señala la de 9 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 7916] , “las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Lo cual no se establece explícitamente sino que se deduce del artículo 1100, último párrafo y del artículo 1124, ambos del Código Civil.”

suficiente para los contratantes.⁴ Es posible que las partes de un contrato quieran fortalecer o debilitar el régimen de resolución por incumplimiento previsto en la ley.⁵ Incluso, como avanzaba, pueden plantearse el derogar singularmente la aplicación de la institución en un determinado contrato, por ser esa su voluntad adecuadamente formada. Y es entonces cuando se plantean multitud de cuestiones. ¿Existe un contenido esencial mínimo de la institución que resulte inderogable por las partes al configurar sus relaciones contractuales? ¿Puede el contratante renunciar preventivamente a la facultad resolutoria frente al incumplimiento? Y, caso afirmativo, ¿cuáles son los límites a un pacto de tales características?

El hecho de que, de acuerdo al párrafo tercero del art. 1124 CC, el Tribunal deba decretar la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar un plazo, clarifica que el Juzgador puede postergar la resolución en pro de la conservación del negocio, aunque una parte haya resuelto ya el contrato extrajudicialmente. Entonces, si el Juez puede conceder más plazo al deudor para cumplir haciendo caso omiso a la resolución interesada, ¿por qué las partes no van a poder hacer lo propio en un momento anterior, limitando la resolución como remedio frente al incumplimiento, a través de una cláusula en el contrato? Pero la cuestión no es clara porque, ¿acaso no sería esa facultad judicial de conceder más plazo al deudor algo imperativo y de lo que no podría privarse al juzgador por medio de un pacto de exclusión del remedio resolutorio en cuestión? ¿No sería algo parecido a lo que ocurre con el art. 1154 CC en sede de cláusula penal

⁴ Clásicamente: RIPERT, G., y BOULANGER, J. *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*. T. II. LGDJ. París, 1957. Pág. 209, núm 547.

⁵ BORRICAND, J. "La clause résolutoire expresse dans les contrats". RTDC. 1957. Págs. 434-440.

cuando, de forma imperativa, se recoge la facultad del juez de modificar equitativamente la pena?⁶

De igual forma, el párrafo segundo del art. 1124 establece que el perjudicado por el incumplimiento podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. Entonces, si hablamos de elección ¿por qué no se puede anticipar la misma al momento de contratar, optando de antemano las partes por el cumplimiento como remedio y dejando de lado, por medio de renuncia, la resolución? Pero nuevamente surgen dudas puesto que el mismo precepto es claro al decir que se podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible, lo que da a entender que no cabría eliminar la facultad resolutoria *ex ante* o que, cuanto menos, ésta no puede configurarse sin limitación. A ello se le une otra circunstancia y es que, si se permite la renuncia al remedio resolutorio en el momento de contratar, la renuncia se hace sin saber las concretas vicisitudes a que se enfrentará el contrato durante su ejecución o consumación.

Es cierto que el problema de la renuncia a la facultad resolutoria no ha pasado desapercibido para nuestra mejor doctrina tanto en España como en el extranjero⁷,

⁶ Por todas, con relación al carácter imperativo de la facultad moderadora en sede de cláusula penal recogida en el art. 1154 CC, v. STS de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6191]: *“El art. 1154 del Código Civil es una norma de carácter imperativo, cuyo supuesto de hecho es el cumplimiento parcial, irregular o defectuoso, que no lo es ni el cumplimiento pleno ni el incumplimiento total y cuyo efecto es la moderación equitativa por el órgano jurisdiccional para evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la penal, cuando no se ha incumplido toda la obligación.”*

⁷ Así, en nuestro país, GÓMEZ POMAR, F. “El incumplimiento contractual en derecho español”. InDret. Revista para el análisis del derecho, 3/2007. www.indret.com. Pág. 34, para quien: *“En el caso de una compraventa de empresa, el remedio resolutorio puede resultar costosísimo en la práctica, dada la complejidad de deshacer una operación de adquisición en muchas circunstancias. En ocasiones nada infrecuentes, puede ser, sin más, inviable: piénsese, por ejemplo, en el caso en que el comprador haya fusionado la empresa adquirida con otras que ya eran suyas, y se haya producido una integración productiva entre las mismas. Pero incluso aunque la vuelta atrás en la operación fuera factible, los*

pero no he encontrado una obra que permita determinar de forma convincente y con exactitud cuáles son los límites de esa pretendida renuncia preventiva al remedio resolutorio si ésta resulta aceptable. Y ahí es donde precisamente pretendo realizar aportaciones. De esta forma, esta tesis pretende arrojar luz, por un lado, con respecto a la validez de la cláusula de renuncia preventiva a la facultad resolutoria y, por otro, -admitida tal convención- a determinar cuáles son los límites a esa renuncia, o dicho de otra manera, cuánto hay de imperativo, -si es que queda algo-, en el remedio resolutorio.

2.- Precisiones metodológicas.

Como tendrá el lector oportunidad de comprobar en las páginas que siguen, el análisis que voy a realizar va a centrarse en la clásica teoría general de la contratación representada por el CC, esencialmente en la facultad resolutoria recogida en el art. 1124 CC (trasladable a sus prolongaciones positivas: art. 1504 CC), para luego descender a los “nuevos escenarios de la contratación”, haciendo hincapié en la contratación predispuesta o con condiciones generales así como la contratación con consumidores. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, ese tratamiento separado viene

altos costes desaconsejan, en línea de principio, que el sistema jurídico acuda al remedio resolutorio. [...] El uso estratégico del remedio resolutorio, por los costes que su ejercicio efectivo puede generar, es en la compraventa de empresas un riesgo con mucha frecuencia inasumible. Por ello es recomendable restringir razonablemente su uso por parte del comprador, y rechazar con firmeza su – falsa y tendenciosa, pues su ejercicio aún sería peor para el vendedor- alegación como medio de defensa por parte del vendedor frente a una reclamación de daños y perjuicios del comprador fundada en el art. 1101 CC. El dinero es un remedio socialmente más barato que una reestructuración societaria.”

En Italia, SICCHIERO, G. “La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459”. En *Il Codice Civile Commentario*. Fundato da Piero Schlesinger. Diretto da Francesco D. Busnelli. Giuffrè editore. Milano 2007. Pág 393 donde enuncia de forma precisa el problema disponiendo: “[...] in un contratto di cessione di pacchetto azionario di maggioranza di una società: <l’acquirente renuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento e accetta is seguente impegno di indennizzo quale único e idóneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente da questo contratto>, con la successiva indicazione di un meccanismo di determinazione degli ipotetici danni.”

justificado en que existe un régimen distinto en cuanto a la regulación de la cuestión se refiere. Las conclusiones que van a alcanzarse en sede de regulaciones sujetas al CC no serán extrapolables a las relaciones de consumo donde vamos a encontrar regulaciones (i) que de forma expresa sancionan como abusivas cláusulas no negociadas que supongan la eliminación o la limitación del remedio resolutorio, véase artículo 86.5 TRLGDCU; o, (ii) que imponen con carácter imperativo una jerarquía de remedios en caso de incumplimiento en sede de compraventa totalmente ajena al texto del art. 1124 CC (en tal sentido, art. 121 TRLGDCU).

CAPÍTULO I:

LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DE LA FACULTAD RESOLUTORIA (ART. 1124 CC). APROXIMACIÓN A EFECTOS DE UNA EVENTUAL RENUNCIA PREVENTIVA

Para proceder al estudio que me he propuesto resulta necesario, con carácter previo, analizar los presupuestos y efectos de lo que voy a llamar resolución legal, que no es otra que la prevista en el art. 1124 CC. La finalidad de ese estudio previo, más allá de hacer una exposición del estado de la cuestión como base para sacar mis conclusiones, está en sentar los cimientos sobre los que se construye el remedio resolutorio a fin de constatar que la plena eficacia de un pacto de renuncia preventiva se condiciona a que se respeten ciertos límites que, dentro del art. 1124 CC, entiendo infranqueables y que me servirán para recoger, en el capítulo correspondiente de esta tesis, un compendio de exigencias que ha de reunir el pacto de renuncia preventiva para su validez.

1.- Características de la facultad resolutoria.

Como he anticipado, nuestro ordenamiento privado regula la facultad resolutoria con carácter general en el art. 1.124 CC configurándola como facultad o derecho potestativo para provocar la extinción de la relación jurídica ante el

incumplimiento de una de las partes en las relaciones sinalagmáticas.⁸ Se trata, en esencia, de un remedio contractual ante el incumplimiento de contrario, en forma de derecho unilateral de configuración jurídica, susceptible de ejercicio por medio de una demanda o de una declaración extrajudicial recepticia comunicada al deudor.⁹ Pero la pregunta debe ser, ¿qué dice exactamente el art. 1124 CC? ¿Cómo configura la ley la institución?

Seguramente, la primera sorpresa con que uno se encuentra al analizar la literalidad del art. 1124 CC es el descubrir que el precepto no recoge muchas de las notas que hoy se tienen como esenciales para ejercitar el remedio resolutorio.¹⁰ Esto es relevante porque permite constatar que ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que hayan desarrollado los silencios que moran en el precepto. Y

⁸ MONTÉS PENADÉS, V.L. “Artículo 1.124 CC”. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. Tomo XV. Vol. 1º. EDERSA. Madrid, 1.989. Pág 1.224.

⁹ CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Primera edición, 2010. Pág. 1103. De igual forma, sobre la posibilidad de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria v. entre otras muchas, la STS de 17 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1408]: “*Es doctrina reiterada de esta Sala (Sentencia de 30 marzo 1992 [RJ 1992, 2308] y las en ella citadas) que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada*”.

¹⁰ Lo destaca CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos por incumplimiento: Presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona, 2009. Págs. 10 y 11. Con claridad LACRUZ BERDEJO, J. L. SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. *Parte General. Teoría General del Contrato*. 5ª Edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F. Dykinson. Madrid, 2011. Pág. 191: “*Para el nuestro [Ordenamiento] no proporciona el legislador una definición del concepto de obligaciones recíprocas, que utiliza en arts. como el 1.100 y el 1.124 (cfr. arts. 1.289-1 y 1.303), y doctrina y jurisprudencia tratan de perfilar sus contornos, especialmente, para señalar el ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento (art. 1.124). A estos efectos, el recurso al art. 1.274 permite situar la reciprocidad, no ya entre las obligaciones, sino entre los sacrificios y ventajas patrimoniales fundados en el contrato, que las partes han querido como equivalentes y recíprocamente condicionados*.”

acontece que, al hacerlo, tales actores no han sido totalmente unívocos.¹¹ La conclusión de todo ello es que, si ya el texto del art. 1124 CC adolece de graves carencias en cuanto a cuáles son los requisitos para el ejercicio de la facultad resolutoria, esas carencias son todavía más flagrantes a la hora de determinar cuánto hay de imperativo en el remedio en sí a los efectos de poder plantear su derogación convencional. Para poner de manifiesto esta circunstancia me interesa en este momento proceder a determinar cuáles son las características de la resolución que se desprenden directamente del texto del art. 1124 CC a fin de plantear los problemas que surgen en cuanto a la renuncia al remedio resolutorio, problemas a los que esta tesis deberá enfrentarse:

1ª.- Característica: Estamos en presencia de una facultad del acreedor, que puede escoger entre exigir el cumplimiento o resolver, “con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”.

Efectivamente, de acuerdo con el texto del art. 1124 CC, y salvo los casos de falta de conformidad en las ventas mobiliarias de consumo –v. art. 121 TRLGDCU-, la resolución no es una acción subsidiaria a la de cumplimiento ni a la inversa. Ambos

¹¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. “El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales”. AC. 1997 (westlaw, BIB 1997, 62). Págs. 1 y 2: “Ha sido común en las sentencias de casación la elevación a la categoría de <máximas> de alcance y validez general en materia de resolución contractual, de reglas de valor relativo y circunstancial que, si explican la procedencia o improcedencia de la resolución en un caso determinado, no siempre alcanzan a justificar la misma respuesta judicial en otros. El mismo valor relativo de estas reglas, abstractamente formuladas, ha obligado a establecer en su aplicación continuas matizaciones, excepciones y reservas que, con frecuencia se han traducido en proposiciones discordantes, cuando no contradictorias. Su abstracta formulación, mediante el empleo de conceptos indeterminados de incierta concreción, al posibilitar interpretaciones y aplicaciones diversas ha restado seguridad u certidumbre a la doctrina que trata de fijar. Y, sin embargo, el Tribunal Supremo recurre con reiteración a la cita, no siempre oportuna, de estas reglas, como fundamento doctrinal de sus sentencias, en una amalgama de declaraciones jurisprudenciales de la que no resulta fácil extraer conclusiones generales sobre el incumplimiento contractual y los requisitos que determinan sus trascendencia resolutoria.”

remedios juegan en iguales condiciones, a salvo, claro está, de la necesidad de tener presente que la resolución sólo opera en caso de incumplimiento grave y que incluso ante ellos el juez puede optar por conceder más plazo *ex art. 1124.3 CC*. La facultad resolutoria convive -como remedio que es frente al incumplimiento- con otros remedios llamados igualmente a dotar al contratante no incumplidor de mecanismos necesarios para solventar una situación de incumplimiento. Y esa dotación que hace el ordenamiento en favor del no incumplidor para reconducir un incumplimiento, encierra la idea de opción. El acreedor ha de optar por el remedio que mejor se adecúe a la situación causada por el incumplimiento.¹² La configuración como opción me parece interesante al objeto de la presente tesis puesto que, si la resolución es un remedio opcional –en el doble sentido de que, por una parte, su ejercicio no es obligado y, por otra, convive con otros remedios que concede el ordenamiento-, el acreedor de la prestación, ante el incumplimiento, puede prescindir del remedio resolutorio y primar el cumplimiento o cualquier otro mecanismo defensivo o resarcitorio. Lo que pretendo que ahora se retenga es la idea de que la resolución se configura como una opción del acreedor y esa configuración encierra algunas cuestiones de relevancia: Habrán casos en los que el acreedor no acudirá al remedio resolutorio para solventar la situación de incumplimiento porque tal remedio le resulte inútil o, cuanto menos, insuficiente.

¹² CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, págs. 1049 y 1050: “El art. 1124 CC ofrece al acreedor una opción, a la que en principio no se entiende que el acreedor renuncia cuando se le ha garantizado por aval o caución el valor dinerario del cumplimiento que se le debe, para el caso que el deudor no cumpla. En principio, la acción de cumplimiento no está sujeta a condiciones adicionales de prosperabilidad, y basta el mero cumplimiento. [...] el fracaso de la acción de cumplimiento no es tampoco en nuestro Derecho una condición de procedibilidad de la acción resolutoria, que puede ser ejercitada aunque la acción de cumplimiento en forma específica siga siendo posible u en abstracto útil para al acreedor [...]”. V. Igualmente STS de 18 de abril de 1995 [RJ 1995, 3422].

2ª.- Característica: El remedio resolutorio es una facultad que no hace falta pactar en los contratos sinalagmáticos, pues se encuentra implícita.¹³

Si estamos en presencia de una facultad de configuración jurídica que existe sin tener que ser pactada, y en cuya integración ha jugado un papel fundamental la jurisprudencia -ante la falta de desarrollo del art. 1124 CC-, debería plantearse, al menos en esta parte preliminar, lo siguiente. En primer lugar, el hecho de que sea implícita, ¿supone que es connatural a la obligación recíproca de suerte que sin facultad resolutoria no hay contrato sinalagmático?, ¿la inexistencia del remedio resolutorio desnaturalizaría la relación sinalagmática? Y en segundo lugar, si, ante la falta de desarrollo del art. 1124 CC ha sido la jurisprudencia y la doctrina las que han acabado de delimitar sus perfiles, ¿no sería lógico pensar que no todos los elementos sobre los que se ha construido esa facultad son imperativos?

Anticipándome a lo que luego diré, no niego que la facultad resolutoria, como luego veremos, tenga un contenido impermeable a la voluntad de las partes, en concreto en lo que más adelante llamaré -siguiendo la nomenclatura de la STS de 6 de junio de 2000, [RJ 2000, 4003]- evitación de la “*inermidad*” del acreedor, pero conviene advertir en esta sede preliminar que eso dista mucho de la idea de que el remedio sea indisponible.

3ª.- Característica: La facultad resolutoria puede ejercitarse en el supuesto de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe.

En efecto, al acreedor no se le puede exigir que se atenga al contrato si el deudor en la obligación recíproca no cumple.¹⁴ Si bien lo anterior es indiscutible, se

¹³ Implícita, no en el sentido de elemento accidental del negocio o condición, sino como facultad o derecho unilateral de configuración jurídica que se incorpora naturalmente.

abren muchos interrogantes a los que hay que responder. ¿Es siempre el remedio resolutorio útil frente a un incumplimiento? ¿No habrá casos en los que el acreedor de la prestación no querrá o no podrá estar y pasar por una restitución de las prestaciones? Anticipo que en este trabajo defenderé que el remedio resolutorio no es más que uno de los varios remedios que ostenta el acreedor de la prestación ante el incumplimiento del deudor junto a otros como la acción de cumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus*, la acción de reducción del precio o la indemnización de los daños y perjuicios. Suprimir convencionalmente uno de los remedios, por entender preventivamente que no se acomoda a lo que pretenden las partes, no implica eliminar los demás ni necesariamente quedar indefenso ante una situación de incumplimiento.

4ª.- Característica: Aunque el acreedor haya optado por el cumplimiento, puede después pedir la resolución si aquél resulta imposible.

Esta característica abre un ramillete de cuestiones que, una vez más, no se hallan resueltas en el precepto y que son de gran relevancia a los efectos de esta tesis.

En primer lugar, si la resolución es ejercitable cuando el cumplimiento deviene imposible, se abre la puerta a integrar el problema de la atribución de los riesgos en los contratos sinalagmáticos cuando se pierde la cosa debida sin mediar culpa del deudor.¹⁵ Tal y como se desprende del precepto en cuestión, la resolución es la institución que autoriza a separarse del contrato sinalagmático si la otra parte

¹⁴ CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, pág. 1104.

¹⁵ ROGEL VIDE, C. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. Ed. Cálamo. Barcelona, 2003. Pág 87: “Se consagra de este modo –para las obligaciones referidas, con carácter general y al margen de normas específicas al respecto en el Código civil (arts. 1504 y 1505, 1569 o 1707)- la posibilidad de la resolución por incumplimiento o imposibilidad sobrevenida de la prestación.”

incumple por devenir imposible su prestación. Ahora bien, ¿cómo encaja ello con la regla *periculum est emptoris* que parece propugnar el art. 1452 CC? Dicho de otra manera, si en el principal contrato generador de obligaciones sinalagmáticas –la compraventa- se dice que, si tras la perfección del contrato -pero antes de la entrega- la cosa se pierde sin culpa, el riesgo lo corre el comprador ex art. 1452 CC -quien además debería de pagar el precio-, ¿cómo puede sostenerse a la vez que el art. 1124 CC permite resolver cuando la prestación deviene imposible?

Y, en segundo lugar, la cuestión de la atribución del riesgo me acerca a un nuevo interrogante. Cuando se renuncia preventivamente a la facultad resolutoria, ¿se está reasignando el riesgo en las obligaciones recíprocas? Dicho de otra forma. Partimos de la base de que en las obligaciones recíprocas la facultad resolutoria va a permitir terminar un contrato si la prestación del deudor ha devenido imposible sin su culpa. Pensemos por un momento que eliminamos convencionalmente la resolución –que según el texto del precepto operaría tanto en caso de incumplimiento imputable como no imputable-, ¿con la renuncia al remedio resolutorio impedimos entonces la terminación del vínculo por imposibilidad sobrevenida?

Habrá que entrar en estas cuestiones, en especial en la dicotomía entre teoría de los riesgos y resolución puesto que si sostengo, como más adelante veremos, que el pacto de renuncia preventiva a la facultad resolutoria es admisible en derecho español, habrá que determinar los efectos de ese pacto, en especial en materia de posible reasignación de los riesgos en las obligaciones sinalagmáticas.

5ª.- Característica: El Tribunal se encuentra autorizado para señalar plazo si existen causas justificativas para ello.

El CC, en el párrafo tercero del art. 1124, deja abierta la puerta a que el Juez conceda una nueva oportunidad para cumplir al deudor en función de las circunstancias del caso, a pesar de que el acreedor haya optado por la resolución frente a una situación de incumplimiento.

Que el Juzgador pueda otorgar más plazo parece destilar una cierta posposición del remedio resolutorio. Y si el juez, en atención a las circunstancias, puede negar la resolución incluso cuando ha sido ya ejercitada, ¿por qué no van a poder hacerlo las partes vía convencional a la hora de configurar su interés en sede de contrato?

También se desprende cierta posposición al remedio resolutorio en la regulación de la resolución en la compraventa de inmuebles, en concreto en el ámbito de lo que se ha venido en llamar pacto de ley comisorio. De conformidad con el art. 1504 CC aunque se haya pactado en el contrato el derecho del vendedor a resolver el contrato por impago del precio en tiempo determinado, el comprador podrá pagar el mismo, aún transcurrido ese plazo pactado, mientras el vendedor no haya resuelto el contrato vía judicial o notarial. Y, aunque el precepto presupone que hay un pacto o condición expresa fijada, también es de aplicación aunque no lo haya.¹⁶

La cuestión tiene enjundia porque determina que si el vendedor quiere resolver el contrato de compraventa de un inmueble por impago del precio, ha de requerir notarialmente. Hasta el momento del requerimiento el comprador podrá pagar, pero una vez hecho el mismo, opera la resolución, sin que el Juez pueda acudir

¹⁶ Así, por todas, SSTs de 29 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9605] y 6 de junio de 2000 [RJ 2000, 4003].

al plazo de gracia previsto en el art. 1124.3 CC¹⁷. De esta forma, ¿no está el art. 1504 CC imponiendo formalismos a la resolución, y con ello dificultándola en favor del negocio? Y si la ley procede de esa manera, ¿acaso no pueden las partes hacer lo propio?

2.- Fundamento de la resolución por incumplimiento.

Hecha una primera aproximación de los problemas a los que esta tesis deberá enfrentarse, y precisamente para iniciar la senda que ha de llevar a solventarlos, entiendo necesario discutir qué intereses trata de proteger el legislador con el remedio resolutorio como aparente excepción al principio de *pacta sunt servanda*. No se trata aquí y ahora de hacer un análisis exhaustivo de las distintas teorías que se han formulado sobre el fundamento de la resolución, sin embargo entiendo que tener una concepción clara acerca de las mismas resulta necesario en tanto que sólo sabiendo cuál es la justificación última del remedio se estará en disposición de saber si éste es o no renunciable y, caso de serlo, si existen requisitos a observar para que la renuncia pueda desplegar sus efectos. Conviene por tanto analizar las aportaciones de las distintas teorías con relación al fundamento del remedio para poder proyectarlas al concreto problema de la admisibilidad del pacto de renuncia preventiva a la facultad de resolver los contratos con obligaciones sinalagmáticas. El análisis, ya anticipo, me llevará a concluir que el verdadero fundamento de la resolución no es otro que el dotar al acreedor de un mecanismo de defensa, uno más, frente al incumplimiento, por lo que no veo nada connatural a la obligación recíproca que impida una renuncia anticipada al remedio, si bien con los requisitos que serán objeto de análisis más adelante.

¹⁷ Caso curioso es el de la STS de 30 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6976] en el que el TS concede plazo de gracia al deudor por la vía de evitar catalogar la relación jurídica controvertida como compraventa de cosa futura inmueble, cuando todo indica que así lo era.

2.1.- Teorías en torno al fundamento de la resolución por incumplimiento.

La resolución por incumplimiento ha sido fundamentada en postulados diferentes siendo los comúnmente aceptados los referidos a la teoría de la causa o de la equivalencia, o en aquellos basados en razones de equidad o voluntad presunta de las partes.¹⁸ Las diferentes teorías que justifican la institución, al llegar a conclusiones distintas con relación a la función del remedio resolutorio y a su interpretación misma, proyectan tales diferencias en lo que debe ser el régimen jurídico de la facultad prevista en el art. 1124 CC, lo que resulta de interés para determinar la posibilidad de la renuncia al remedio.

Siguiendo a ÁLVAREZ VIGARAY¹⁹ y a CLEMENTE MEORO²⁰, la resolución por incumplimiento ha tratado de ser explicada en base a diferentes postulados. Conviene iniciar nuestro análisis haciendo referencia a la llamada *Teoría de la Condición Resolutoria Tácita*. Esta teoría tiene como base o punto de partida la antigua dicción del art. 1184 del CC francés que disponía, en su párrafo primero, que la condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla su compromiso.²¹ La resolución por

¹⁸ Así, ya desde antiguo, STS 5 de enero de 1935 [RJ 1935, 198], considerando 3º.

¹⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Cuarta Edición. Editorial Comares. Granada. 2009. Págs. 71-89.

²⁰ CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998. Pág. 51-90.

²¹ Según el artículo 1184 del CC francés, en su redacción previa a la reforma operada por la Ordennance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: "*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*"

incumplimiento tendría por tanto su origen en la voluntad presunta de las partes en el contrato en el sentido de que, en las obligaciones recíprocas, se sobreentiende que el incumplimiento de una de las partes permite a la otra desvincularse de lo pactado.²²

Ocurre sin embargo que esta fundamentación sucumbe ante varias críticas. La primera de ellas estriba en que su admisión como fundamento de la facultad resolutoria supondría considerar que todos los contratos sinalagmáticos están sometidos a condición lo que, teniendo en cuenta que ésta constituye un elemento accidental del negocio -lejos por tanto de ser algo esencial al mismo- resulta carente de sentido. Del mismo modo, la idea de condición resolutoria tácita parte de la base de que hay una voluntad sobreentendida de las partes a la hora de contratar, pero me parece excesivo presumir la existencia de tal voluntad: Si las partes hubieran concebido como verosímil un incumplimiento de la contraria, lo lógico es que hubieran convenido un pacto comisorio expreso que les permitiera liberarse de la obligación.

Por otra parte, la condición se caracteriza por ser algo pactado, no impuesto por la ley, como ocurre con la facultad resolutoria. Adicionalmente, no resulta posible defender que el evento futuro e incierto propio de la condición se refiera a una conducta debida, como es la de cumplir la prestación.²³ La resolución no tiene su origen en un pacto sobreentendido o evento futuro e incierto sobre la que los

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

²² CLEMENTE MEORO, M.E., *La Facultad*, pág. 54.

²³ MONTÉS PENADÉS, V.L., "Artículo 1.124 CC", pág. 1182.

contratantes harían depender la terminación del vínculo.²⁴ La facultad resolutoria tiene su origen en la ley, no pudiendo ser por tanto condición.²⁵ Refrenda lo anterior el hecho de que, precisamente cuando las partes la convierten convencionalmente en elemento accidental del negocio, pactando una condición resolutoria expresa en caso de incumplimiento, no resulta de aplicación el art. 1124 CC sino que la resolución operará por efecto de la propia condición resolutoria pactada.²⁶ Del mismo modo, la resolución legal no opera de pleno derecho, cosa que sí ocurriría de ser verdadera condición, siendo necesaria que el agraviado por el incumplimiento la haga valer, sea judicial o extrajudicialmente. Es más, la facultad resolutoria, aún ejercitada por el agraviado por el incumplimiento, puede no tener como efecto final la terminación del vínculo puesto que en atención al art. 1124.3 CC el juez va a poder conceder un plazo al incumplidor para que sane su incumplimiento. No me parece, por tanto, que pueda sostenerse que el fundamento de la resolución estriba en una voluntad presunta de las partes.

El segundo fundamento de la resolución que conviene analizar se basa en la denominada *Teoría de la Causa Recíproca*. En atención a ella, en los contratos recíprocos, la causa de la obligación de una parte es la obligación contraída por la contraria, de manera que acontecido el incumplimiento, la causa de la prestación de contrario desaparece de forma sobrevenida.

²⁴ CLEMENTE MEORO, M.E., *La Facultad*, pág. 40.

²⁵ MIGUEL TRAVIASAS, M. "Obligaciones recíprocas". RDP. Nº 192. 1929. Pág. 274. Véase también la STS de 16 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9407] que dispone que, mientras el art. 1123 CC contiene la condición resolutoria, el art. 1124 CC "*integra la denominada condición resolutoria tácita, denominación poco correcta, por lo que la doctrina más moderna la ha sustituido por la más adecuada de acción resolutoria, que opera por ministerio de la Ley, con lo que difiere de la verdadera y propia condición que es producida por las partes que contratan*".

²⁶ STS de 31 de diciembre de 1991 [1991, 9272].

Tampoco creo que éste sea el verdadero fundamento de la resolución. Hablar de causa (y su pretendida falta por razón de incumplimiento) como fundamento de la resolución implica no entender la institución correctamente. Y digo ello porque en el momento en que nace el negocio éste es válido en tanto reúne los requisitos de consentimiento, objeto y causa por lo que, al producirse el incumplimiento, no estamos ante un vicio estructural del contrato sino ante un supuesto de ineficacia sobrevenida. Con esto quiero remarcar que si se accediera a que la causa tuviera influencia después de la formación del contrato, su desaparición sobrevenida no implicaría que existe posibilidad de resolver –como defiende esta teoría- sino viciar de nulidad al negocio en cuestión. Incluso más, acontecería en tal caso que la nulidad, en puridad, podría ser instada por cualquiera de los contratantes y no sólo por el acreedor de la prestación incumplida.²⁷ Por ello conviene distinguir entre contrato y relación contractual. La resolución no afectaría al contrato, que nace válido al tener causa, sino a la relación contractual.²⁸ A pesar de que la palabra contrato se usa tanto cuando nos referimos al acto como a la relación jurídica que nace de ese acto, lo cierto es que la resolución afecta sólo a la relación jurídica ya que los actos jurídicos, como tales, no son susceptibles de resolución, sino, en su caso, de anulación. Refrenda lo anterior el hecho de que en los contratos de tracto sucesivo, la resolución por incumplimiento no implica que las prestaciones ya ejecutadas devengan inválidas, se mantienen en tanto que el contrato, como acto, es y ha sido válido, lo que ocurre es que el incumplimiento grave de una de las partes faculta a la otra a poner fin a la relación jurídica nacida del acto (contrato) válido.²⁹

²⁷ AULETTA, G. G., *La risoluzione per inadempimento*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano. 1942. Págs. 115 y ss.

²⁸ GORLA, G. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*. CEDAM. Padova, 1934. Págs. 135-136.

²⁹ CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad*, pág. 61. Conviene citar a estos efectos la STS de 17 de enero de 1985 [RJ 1985, 180], la STS de 28 de junio de 1977 [RJ 1977, 3053] y la STS de 14 de junio de 1988 [1988, 4875]. En ellas se mantiene la distinción entre resolución y causa, conceptos antagónicos en la

En tercer lugar conviene detenerse en la llamada *Teoría del Sinalagma Genético y del Sinalagma Funcional*. Cuando hablamos de sinalagma nos referimos a la dependencia de las prestaciones de las partes. Esa interdependencia puede observarse en el momento del nacimiento del negocio, llamándose entonces sinalagma genético, o durante la ejecución del contrato, en cuyo caso se conoce como sinalagma funcional. Esta teoría está muy extendida en la jurisprudencia y con ella se pretende superar alguna de las críticas que se vertían a la teoría de la causa. Si se incumple el contrato, la parte agraviada puede ponerle fin al quebrarse el sinalagma, esto es, la correlatividad entre las prestaciones de las partes. Lo que ocurre es que este pretendido fundamento de la resolución no ha conseguido superar las críticas que se han hecho a la teoría de la causa recíproca. Y es que, como he mencionado, cuando el contrato nace lo hace válidamente, con causa verdadera y lícita, no dando esta teoría respuesta a la cuestión de cómo puede sostenerse que el elemento causal pueda desaparecer más tarde como consecuencia del incumplimiento. Incluso aunque se defienda que la causa es algo dinámico y no estático, no se explica que una misma institución comprenda en su seno cuestiones tan diferentes como el sinalagma genético y funcional.³⁰ Tampoco, en mi opinión, es éste el fundamento de la resolución.

En cuarto lugar encontramos la denominada *Teoría de la Sanción*³¹. Según esta teoría el fundamento de la resolución estaría en que ésta constituye una sanción frente al incumplimiento de la obligación. El incumplimiento llevaría aparejado una

medida en que la resolución presupone un contrato nacido válidamente y, en sentido inverso, ante un contrato nulo, carece de sentido pretender su resolución.

³⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La Resolución*, pág. 82. También CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad*, pág. 69.

³¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La Resolución*, pág. 82.

doble sanción civil: Por un lado el contratante cumplidor podría dar por finalizado el vínculo y, por otro, solicitar que se le indemnizaran los daños y perjuicios sufridos a resultas del incumplimiento. Esta teoría, al basarse en el concepto de sanción, presupone la existencia de culpa en el incumplimiento para que pueda procederse a la resolución, y es aquí donde se centra gran parte de las críticas en tanto que la resolución legal –como más adelante veremos- no siempre presupone incumplimiento culpable por lo que no se entiende por qué debería sancionarse a un deudor que ha incumplido la obligación sin mediar culpa.³² Pero es que, aunque mediara culpa en el incumplidor, tampoco esta teoría sirve como fundamento dado que la resolución no es ni puede ser un castigo sino que constituye una protección del acreedor frente al incumplimiento. El derecho civil carece de finalidad sancionadora. Su finalidad es siempre reintegradora, reparadora o resarcitoria. Se deberán analizar cuáles son los requisitos que debe reunir el acreedor para poder gozar de esa concreta protección, pero ello en absoluto supone que su fundamento se encuentre en lo sancionador, sino en la necesidad de tutelar al acreedor.

En quinto lugar debo hacer alusión a la denominada *Teoría de la Reparación*. Para esta teoría el fundamento de la resolución se encontraría en la reparación del perjuicio que causa el incumplimiento al contratante no incumplidor. Esto es, frente al incumplimiento, el acreedor de la prestación puede interesar la resolución del vínculo y la consiguiente restitución de atribuciones, con el abono de daños y perjuicios en su caso producidos. Pero tampoco veo en esta teoría el verdadero fundamento de la resolución. Si bien se reconoce que con ella se justifica la utilidad práctica de la institución, no se ahonda en su justificación doctrinal ni teórica.³³ Y es que, cuando se dice que la resolución es un remedio reparador se incurre en

³² MONTÉS PENADÉS, V.L. “Artículo 1.124 CC”, págs. 1.185-1.186.

³³ ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución*, pág. 84.

confusión porque la extinción del vínculo no supone, *per se*, reparación de ningún tipo. A través de la resolución el contrato se deja sin efecto y con él el propósito de las partes. El contrato se termina para las dos partes y ello no repara nada necesariamente.³⁴

En sexto lugar conviene detenerse en la *Teoría de la Ley* como base justificadora de la resolución. En virtud de esta teoría, la resolución por incumplimiento tiene su fundamento en la ley, en especial en el art. 1124 CC. Nuevamente, tampoco hallo en esta teoría el fundamento de la resolución porque no explica los motivos por los cuales la ley decide regular la institución. La teoría es insuficiente. Constituye un sofisma sostener que el fundamento de algo es la ley puesto que ello no da la razón última, esto es, no justifica la necesidad de su existencia.

En séptimo lugar se ha hablado también de la *Teoría de la Equidad*. El fundamento de la resolución por incumplimiento estribaría, según esta teoría, en que resulta contrario a la equidad el exigir que una de las partes cumpla su compromiso a pesar de producirse un incumplimiento del deber recíproco de la contraparte. Desde un punto de vista de equidad no puede justificarse que una de las partes cumpla con sus compromisos y la otra no, por lo que, junto a la obligatoriedad de todo contrato, ha de permitirse que el contratante incumplidor pueda desvincularse del mismo. Tampoco esta fundamentación me convence porque, así descrita, la teoría de la equidad sería una manifestación de la teoría de la causa ya que, para la parte que ha cumplido con su prestación y ve que no recibe la contraprestación, se produce una

³⁴ MONTÉS PENADÉS, V.L. "Artículo 1.124 CC", págs. 1.185-1.186.

frustración de la finalidad perseguida con el contrato, produciéndose un enriquecimiento injusto no admisible desde la órbita de la equidad.³⁵

Por último referirme a la denominada *Teoría del Poder Dispositivo Novatorio* en atención a la cual el fundamento de la resolución estaría en un poder dispositivo de carácter novatorio otorgado por el derecho al agraviado por el incumplimiento al efecto de que, frente al incumplimiento, el no incumplidor puede, bien instar el cumplimiento, bien resolver liberándose de una obligación –la de cumplir- y renunciando a un derecho –el cumplimiento-. A este poder renunciar a un derecho y liberarse de la obligación es a lo que se denomina poder dispositivo novatorio.³⁶

Nuevamente, no veo en esta teoría verdadera explicación del fundamento de la resolución. Simplemente clasifica la institución pero no explica por qué el Derecho otorga esa facultad al contratante no incumplidor, amén de que puede ponerse en duda ese poder novatorio mismo puesto que la resolución no conlleva el nacimiento de una nueva relación jurídica.

2.2.- Mi posición en torno al fundamento de la facultad resolutoria.

Las diversas teorías acerca de cuál sea el fundamento de la resolución contractual parecen converger en la idea de interdependencia de las obligaciones recíprocas nacidas del contrato bilateral. Y es que, resultaría contrario a los más elementales principios de justicia que una parte se viera obligada a cumplir con su prestación a pesar de que la contraparte no lo hiciera. Precisamente por ello es por lo que el Derecho arbitra un mecanismo o remedio en favor del contratante no incumplidor a fin de que pueda protegerse frente al incumplimiento del deudor.

³⁵ CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad*, pág. 79.

³⁶ CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad*, pág. 80.

Esa aproximación al fundamento de la resolución en la interdependencia de las obligaciones parece acercarnos, en una primera impresión, a la llamada teoría de la causa, en el sentido de que, en sede de obligaciones recíprocas, el motivo de que un contratante se obligue es el deber de prestación que asume la contraparte. Lo que ocurre es que la explicación de la resolución desde un punto de vista exclusivamente causal no resuelve el problema en tanto que, como ya apunté más arriba, mal puede defenderse que el contrato debe resolverse porque no tiene causa cuando es innegable que en el momento de nacer reunía dicho requisito y todos los demás previstos en el art. 1261 CC. Mantener la teoría de la causa como fundamento sería tanto como decir que el incumplimiento priva de causa al contrato de suerte que la causa sólo existe cuando el contrato se cumple. La teoría es pues insuficiente puesto que frente al incumplimiento el contratante puede ejercitar la acción de cumplimiento que, obviamente, es posible porque el incumplimiento no priva de causa al contrato. Cuando se habla de incumplimiento no se trata de que el contrato esté viciado con alguna anomalía de tipo funcional, sino de que lo que se ha producido es un desarrollo anormal de la relación jurídica.³⁷

La idea de que la resolución responde a un desarrollo anormal en la ejecución de un contrato válidamente celebrado nos posiciona cercanos a la idea de remedio propiamente dicho frente al incumplimiento. Y esa conclusión hace necesario que concrete que la resolución, como remedio, no es siempre restitución. Cabe la primera sin la segunda. Al igual que cabe resolución sin necesidad de que haya indemnización por daños, en la medida en que no todos los incumplimientos generan daños y por ende obligación de indemnizar.

³⁷ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos*, pág. 816.

El incumplimiento es un suceso sobrevenido pero previsible. Al ser previsible, el incumplimiento es un riesgo intrínseco al contrato. Lo extrínseco es la causa por la que se incumple. De esta manera, el incumplimiento es una anomalía que impacta en el interés del acreedor. Cuando éste contrata espera que se produzca el cumplimiento de lo acordado, pero si acontece un incumplimiento, el art. 1124 CC lo que hace es permitir al acreedor el actualizar su interés y acaso resolver.

La resolución por tanto y en mi opinión, es un remedio –uno de los varios que existen- que concede la ley al contratante agraviado por el incumplimiento en sede de obligaciones recíprocas a fin de que actualice su interés. Y el fundamento de la resolución, entendido éste como motivo por el cual el Derecho lo concede, sería precisamente el dotar al acreedor de la prestación incumplida de un ramillete de defensas a fin de reequilibrar el quebranto que supone el incumplimiento en relación a la inicial composición de intereses que se hacen las partes cuando celebran un contrato válidamente. El Derecho es consciente de que quizá la acción de cumplimiento, -como remedio lógico frente al incumplimiento y que mejor responde al aforismo *pacta sunt servanda*-, no siempre sirve como remedio suficiente para solventar una situación de incumplimiento, del mismo modo que es consciente de que quizá la resolución misma no sea, en ocasiones, el remedio que mejor se acomode a los intereses del acreedor frente al incumplimiento. De lo que se trata es pues de arbitrar un conjunto de remedios en favor del acreedor dotándole de soberanía plena en cuanto a la decisión de cuál es el que, atendidas las circunstancias, mejor responde a la situación creada por el incumplimiento³⁸. Ese remedio va a convivir con muchos otros (cumplimiento específico o por equivalencia, excepción de

³⁸ CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, pág. 1053: “Aunque el art. 1124. II CC permite que el resarcimiento se reclame en todo caso, ya opte el acreedor por el cumplimiento ya lo haga por la resolución, no puede extraerse la conclusión de que el acreedor deba pedir expresa y adicionalmente el cumplimiento o la resolución para poder reclamar los daños sufridos. Como demuestra el art. 1101 CC, la pretensión de resarcimiento es independiente de la pretensión de cumplimiento de los arts. 1096 a 1099 CC.”

contrato no cumplido, indemnización de los daños causados, acción para la reducción del precio) y su fundamento, en esencia, no es ni causal, ni sinalagmático, ni sancionador. Su fundamento es el armar al agraviado con mecanismos hábiles que permitan recomponer la situación de la forma que mejor le convenga. De ahí que en esta tesis voy a rechazar, como luego se verá, apreciaciones del estilo de que la resolución es algo inmanente u ontológico de la obligación recíproca. En primer lugar porque, ya veremos, no en todos los contratos sinalagmáticos se permite dicho remedio y, en segundo término, porque un remedio no sirve para categorizar a un tipo de obligación.

Se me podrá achacar que la posición aquí defendida tiene algo de la teoría de la equidad, pero es que todo remedio frente al incumplimiento se basa en la equidad. Podrá decirse que mi posición refiere en cierta forma a la teoría de la reparación, pero, nuevamente, cualquier remedio frente al incumplimiento tiene un fundamento reparativo frente al incumplimiento mismo, en el sentido de ser reactivo frente a él. Podrá igualmente decirse que, en efecto, el remedio se entiende porque cuando uno se obliga lo hace en atención a lo que el otro se compromete, esto es, por la interdependencia de las prestaciones, pero es que todo remedio se concede porque no se satisfacen las legítimas expectativas del contratante agraviado por el incumplimiento. En suma, que podrá decirse que mi posición tiene mucho de las diversas teorías –con excepción quizá de aquellas que se basan en la voluntad sobreentendida- pero en esa crítica está precisamente la constatación de que ellas, por sí solas, no son suficientes ni resuelven la cuestión. Insisto, el Derecho concede el remedio resolutorio para pertrechar al acreedor de un cúmulo de remedios, siendo la resolución uno más, que podrá ejercitarse en función de las circunstancias y siempre que sea el que el acreedor juzgue que mejor permitirá solucionar una situación de incumplimiento. Habrá ocasiones en las que el agraviado no se valdrá del remedio, porque querrá mantener el negocio, o porque las consecuencias de la resolución no

le satisfagan y podrá disponer de otros. Y precisamente en la medida en que el fundamento de la resolución hay que buscarlo en la capacidad del ordenamiento para dotar al acreedor de todos los remedios posibles para reaccionar frente al incumplimiento, a fin de que utilice el que más le convenga en cada caso, es por lo que el acreedor va a poder disponer en relación a los mismos de forma preventiva.

La facultad resolutoria es así un remedio defensivo del acreedor de la prestación frente al incumplimiento del deudor. Uno más –ni más ni menos- de los que el ordenamiento confiere a la parte agraviada por el incumplimiento.

3.- Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la facultad resolutoria.

Como ya se ha anticipado, ante la parquedad del art. 1.124 CC, los presupuestos para el ejercicio de la facultad resolutoria han sido establecidos por una abundante jurisprudencia -no siempre unívoca-, que ha permitido sentar ciertas bases que deben observarse para la correcta aplicación de la institución. No se trata aquí y ahora de hacer un análisis exhaustivo de los mismos, pues para ello nuestra literatura científica cuenta ya con magníficos estudios sobre el particular.³⁹ De lo que se trata es de poner de manifiesto los presupuestos de la facultad a los efectos que interesan para esta tesis. Esto es, acercarnos a los mismos a los efectos de ver cómo puede incidir la autonomía de la voluntad en la configuración de la resolución, en concreto, si la institución, vista desde la óptica de sus presupuestos, puede ser renunciante anticipadamente.

³⁹ Un resumen de la evolución jurisprudencial puede verse recientemente en HERRADA BAZÁN, V. "Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)". RDC. Nº 1. 2017. Págs. 34-35.

A estos efectos conviene recordar que, según reiterada jurisprudencia ya consolidada en las últimas décadas del pasado siglo⁴⁰, la viabilidad de la acción resolutoria exige de la prueba de los siguientes requisitos:

(a) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron;

(b) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad;

(c) que el demandado haya incumplido de forma grave lo que le incumbía;

⁴⁰ Así, la STS de 16 de abril de 1991 [RJ 1991, 2696] dispone que “[...] reiterada doctrina jurisprudencial exige para el éxito de la acción resolutoria de los contratos a que se refiere el art. 1124 del Código Civil la prueba de los siguientes requisitos: 1) La existencia de un vínculo contractual entre quienes lo concertaron; 2) La reciprocidad de las pretensiones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3) Que la parte demandada incumpla de forma grave las que le incumbían; 4) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable lo origine, y 5) Que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriese como consecuencia de incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste sería lo que motivaría el derecho de resolución de su adversario y lo liberaría de su compromiso”

También las SSTs 1ª de 21 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1275], 28 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1409], 16 de abril de 1991 [RJ 1991, 2696], 4 de junio de 1992 [RJ 1992, 4998], 22 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2530], 4 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8369], 27 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9210], 16 de mayo [RJ 1996, 4348] y 30 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7487], entre otras muchas.

Como recoge la STS de 4 marzo 1992 [RJ 1992, 2157]: “[...] según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustré el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia, obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (SS. 24 febrero 1990 [RJ 1990, 713] y 7 junio 1991 [RJ 1991, 4430]) así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria -y no sanada por una justa causa que la origine- obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS. 14 febrero [RJ 1991, 1268] y 16 mayo 1991 [RJ 1991, 3706]), siendo, en definitiva, aplicable el art. 1504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago prolongado, duradero, injustificado (SS. 20 diciembre 1989 [RJ 1989, 8849] , con cita de otras anteriores)”.

(d) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable lo origine, y

(e) que quien ejercita la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho a la resolución de su adversario y lo libera de su compromiso.⁴¹

3.1.- La existencia de vínculo contractual vigente.

El que la existencia del contrato sea presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria no debería sorprender. Efectivamente, para que pueda resolverse un contrato es necesario que éste exista y que esté vigente. Sin contrato mal puede hablarse de incumplimiento ni, por ende, de resolución del mismo.⁴² No obstante, la exigencia de contrato vigente y válido genera dos interrogantes al hilo del ejercicio de la facultad resolutoria.

El primero se refiere a los supuestos en los que estamos en presencia de un contrato nulo cuya nulidad no ha sido declarada, esto es, ninguna de las partes ha accionado pretendiéndola o la ha opuesto como excepción. ¿Es posible en tales supuestos resolver? A pesar de ser cierto que la nulidad del negocio es un vicio que se produce por hechos anteriores o coetáneos a la formación del contrato mientras que los supuestos de resolución por incumplimiento presuponen un contrato válido y

V. también, en igual sentido y por todas, la STS de 13 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2738].

⁴² Entre otras, SSTS de 21 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2560] y de 11 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6443].

eficaz en el momento de su perfección, no encuentro impedimentos para que en casos de nulidad pudiera pretenderse la resolución ex art. 1124 CC, si es que el Juez no decreta la nulidad de oficio.⁴³ Esta circunstancia en poco o en nada afecta a la tesis sostenida en este trabajo en relación a la posibilidad de renuncia preventiva a la facultad resolutoria. Si el contrato está viciado de alguna causa de nulidad o anulabilidad podrá hacerla valer el contratante en la medida en que la renuncia preventiva a la resolución no afecta a las acciones de nulidad o anulabilidad, ya sea si partimos de la base de que resolución y nulidad/anulabilidad son instituciones distintas, ya sea si tenemos en cuenta que la renuncia preventiva a la acción de nulidad y/o de anulabilidad no es admisible en derecho, sin perjuicio de la posibilidad de confirmación posterior del negocio por las partes.⁴⁴

Tampoco veo inconveniente a que, frente a una pretensión de cumplimiento, el demandado oponga la excepción de nulidad o inexistencia del contrato en primer lugar y la *exceptio non adimpleti contractus* con carácter subsidiario, para el caso en que no prospere la nulidad interesada. Pensemos en el siguiente supuesto. Las partes han iniciado tratos preliminares para conclusión de una relación de suministro. Una de ellas entiende que el contrato se ha perfeccionado, la otra que sólo ha existido intercambio de ofertas de suerte que su última comunicación no ha sido aceptación de la oferta anterior puesto que contenía alguna adición lo que la convertía en mera contraoferta que no llegó a aceptarse. Pues bien, frente a la pretensión de cumplimiento de quien entiende que el contrato se ha perfeccionado el demandado podrá oponer como excepción que el contrato no llegó a existir puesto que sólo existieron tratos preliminares. Adicionalmente, si el suministro requería de ciertas actuaciones a realizar por el demandante (por ejemplo, entrega de muestras o de moldes), el demandado podrá oponer con carácter subsidiario la excepción de

⁴³ CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución*, pág. 14.

⁴⁴ V. arts. 1309 a 1313 CC.

incumplimiento para el caso en que el Juzgador concluyera que el contrato llegó a perfeccionarse.

La segunda de las cuestiones que plantea el requisito de la vigencia del contrato se refiere a los supuestos en los que se pretendiera la resolución de un contrato que ya hubiera sido consumado por las partes. Si ambas partes han cumplido ya lo que era objeto de su obligación no parece que pudieran acudir a la resolución del contrato.⁴⁵ No obstante, existen casos en los que el incumplimiento del contrato se pone de manifiesto tiempo después de haber cumplido con sus obligaciones el contratante cumplidor.⁴⁶ Estoy pensando en el caso en que vendedor transmite la propiedad de unas mercancías al comprador, quien paga el precio. Sin embargo, tiempo después, se constata que el material adquirido no cumple con las especificaciones interesadas de suerte que se está en presencia de un supuesto de *aliud pro alio*. Se ha entregado algo distinto a lo solicitado de forma que es inhábil para la finalidad conocida a la que se iba a destinar. En estos casos, aún habiendo pagado el comprador el precio y por ende haberse consumado el contrato, el comprador debería poder optar por resolver el contrato ante el incumplimiento grave del vendedor. Esta última circunstancia o requisito tampoco afecta a mi conclusión sobre la posibilidad de la renuncia preventiva a la facultad resolutoria puesto que, en la medida en la que ésta ha sido categorizada como remedio frente al incumplimiento -uno más-, su renuncia dará derecho a la parte agraviada a hacer valer cualquiera de los demás remedios arbitrados por el ordenamiento. El problema

⁴⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 15. Y las SSTs, entre otras, de 4 de enero de 1992 [RJ 1992, 148], de 21 de marzo y 30 de abril de 1994 [RJ 1994, 2560 y 2949].

⁴⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 817 y 818, quien alude a que, en tales casos, la acción resolutoria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito o su ejercicio no se considere contrario a las exigencias derivadas de la buena fe.

estar, como luego veremos, cuando no haya otros remedios que puedan ejercitarse de forma cabal más allá que la resolución. A ello se hará referencia más tarde.

3.2.- Reciprocidad de las prestaciones.

Para poder ejercitar la facultad resolutoria legal debemos estar en presencia de obligaciones recíprocas. Es necesario pues la interdependencia de las obligaciones de suerte que la prestación que se compromete a realizar una de las partes tiene su justificación en el compromiso de la otra parte de realizar la prestación que le es propia, de ahí que se hable de la exigencia de una *mutua condicionalidad*.⁴⁷ La exigencia de la reciprocidad de las prestaciones hace que la facultad resolutoria prevista en el 1124 CC no sea de aplicación en aquellos casos en los que sólo una de las partes asume obligaciones o cuando, a pesar de asumir ambas partes obligaciones por medio de la relación negocial, las unas no son interdependientes con respecto a las otras⁴⁸. Ése sería el caso del comodato, donde sólo el comodatario asume la

⁴⁷ La STS de 5 de enero de 1935 [RJ 1935, 198] ya estableció que “[...] para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas, hace falta no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes como equivalente de la otra, sino que exista entre ellas una *mutua condicionalidad*.” Recientemente la STS de 15 de marzo de 2016 [RJ 2016, 841], citando y con base en la STS de 19 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2568], tras admitir que el Código Civil no define la reciprocidad, dispone que “[...] cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o *mutua condicionalidad*, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.” (en el supuesto se descartó la existencia de reciprocidad).

⁴⁸ “[...] la resolución contractual por incumplimiento de obligaciones recíprocas, requiere determinadas exigencias, entre las que, como más importantes, se encuentran la de que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado de tal modo que no se conciban unas obligaciones sin las otras [...]” (STS de 18 de noviembre de 1994 [1994, 8844]). “[...] en las obligaciones bilaterales y recíprocas existe un *sinagema doble*, cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra, de tal forma que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía, para poder pedir el cumplimiento de su contraria” (STS de 3 de julio de 1995 [1995, 5425]).

obligación de devolver la cosa prestada o del depósito, donde se impone la entrega de la cosa.⁴⁹

No obstante es cuestión discutida si la exigencia de reciprocidad tiene carácter absoluto o si, por el contrario, admite excepciones de suerte que haya contratos sinalagmáticos en los que, a pesar serlo, no les es de aplicación la institución.⁵⁰ Esta materia tiene una clara incidencia en lo que se refiere a la validez – aquí sostenida- del pacto de renuncia preventiva puesto que, en la medida en la que existan contratos generadores de obligaciones recíprocas en los que la propia regulación elimine la posibilidad de utilizar el remedio resolutorio ante un incumplimiento grave se estará en disposición de sostener que el remedio no es definitivo de la obligación recíproca de manera que su renuncia no afectará a la naturaleza de aquella. Dicho de otra manera: si se concluye que la ley establece que hay contratos sinalagmáticos en los que el acreedor de la prestación no tiene la posibilidad de utilizar el remedio resolutorio frente al incumplimiento, podría sostenerse que dicho remedio no es algo inmanente a toda obligación recíproca.

Esta cuestión me lleva a los contratos aleatorios. Pensemos en el supuesto en que dos partes suscriben un contrato por el cual una de ellas transmite un inmueble a cambio de una renta vitalicia a liquidarse mensualmente. En ese caso estamos en presencia de un contrato sinalagmático en tanto que la obligación de pago de la renta vitalicia trae causa directa de la transmisión del inmueble. Imaginemos que el obligado a pagar la renta incumple su obligación de manera que empieza a desatender los vencimientos mensuales. El acreedor de la renta podría plantearse acudir al art. 1124 CC y optar por, bien una acción de cumplimiento, bien por resolver

⁴⁹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 818.

⁵⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág.132.

el contrato a fin de recuperar la titularidad del inmueble. ¿Puede el acreedor de la renta en estos casos resolver el contrato por incumplimiento? Parecería que sí ya que el incumplimiento –impago de la renta- es grave y constituye una prestación que directamente causó la transmisión del inmueble.

Pero acontece que el art. 1805 CC claramente imposibilita al acreedor de la renta el proceder a la resolución del contrato de renta vitalicia permitiéndole únicamente el reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras.⁵¹ La solución resulta inquietante. Ciertamente es que durante el tiempo en que el contrato ha estado vigente, las partes han asumido ese *aleas*. Dicho de otra forma, no puede negarse que hubo un tiempo en el que las partes corrieron su suerte y que una resolución contractual con devolución de atribuciones casaría mal con el hecho de que durante un tiempo las partes se sometieron a la posibilidad de que aconteciera la circunstancia aleatoria aquí concretada en la muerte del acreedor de la renta.⁵² No obstante, sostener ese argumento supone

⁵¹ Por ser reciente, véase la SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 30 de junio de 2015, [JUR 2015, 228449] que dispone: *“En efecto, el artículo 1805 del Código civil, en concordancia con el artículo 1124 del mismo texto legal, que otorga al acreedor la facultad de optar por el cumplimiento o la resolución de las obligaciones recíprocas y sinalagmáticas, permite excluir la facultad resolutoria, debiéndose exigir por parte del rentista el cumplimiento de la obligación asumida y/o el aseguramiento de las futuras pensiones, en aplicación del principio "pacta sunt servanda". Si conforme al artículo 1802 del Código civil, el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas, es lógico que los posibles incumplimientos no se sancionen con la resolución del contrato, porque esa consecuencia es contraria precisamente a la finalidad del mismo, que es la de recibir una renta económica para el mantenimiento del rentista a cambio de la transmisión del dominio o de un capital, en bienes muebles o inmuebles, lo que se extenderá durante toda su vida. La resolución del contrato, según lo previsto en el artículo 1124 del Código civil, con anterioridad al fallecimiento del rentista, solo es posible si así se pacta expresamente, puesto que en el contrato de renta vitalicia no se entiende implícita la facultad de resolución, pese a su carácter bilateral, de modo que solo es posible ponerle fin antes del fallecimiento del rentista por el incumplimiento de la otra parte, si así se establece en el contrato.”*

⁵² Ya CAPITANT, H. *De la cause des obligations*. Librairie Dalloz. Trisième Édition. París, 1927. Págs 351-352: *“Dans les contrats aléatoires, la cause première de l’obligation de chaque partie réside dans la considération du risque. Dès lors, le seul fait de l’inexécution des obligations de l’un des contractants ne doit pas permettre à l’autre de demander la résiliation, du moment que l’exécution du contrat a commencé et que chaque partie a couru le risque. La résolution ne pourrait être demandée que si le*

vincular el componente aleatorio con la actividad voluntaria de alguna de las partes, que pueden optar por dejar de cumplir sobre la base de que el negocio no será resuelto, lo cual daría patente de curso a comportamientos desleales.⁵³ Es cierto que puede parecer injusto a primera vista que se procediera a la resolución cuando el contrato haya sido ejecutado durante largo tiempo, puesto que el obligado quizá haya pagado muchas mensualidades asumiendo la contingencia, lo que ocurre es que la consecuencia de la aplicación del art. 1124 debiera ser la devolución recíproca de las prestaciones (acaso con la duda de si debiera proceder con o sin efecto retroactivo, dependiendo del caso en atención a la equidad)⁵⁴, por lo que no acabo de compartir la prohibición de la resolución.⁵⁵ En este mismo sentido, cabe hacer

risque venait à disparaître. C'est là ce qui explique la solution donnée par l'article 1978 du Code civil, qui décide que le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné. [...]. Il ne faut donc pas voir dans l'article 1978 un texte exceptionnel, comme le prétendent la plupart des auteurs ; et notamment la solution édictée par lui devrait s'appliquer aussi bien au bail à nourriture qu'à la rente viagère."

⁵³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La renta vitalicia*. Editorial Revista de Derecho Privado S.A. Madrid. 1963. Pág. 159: "Sin embargo, la aceptación de este criterio justificador supondría tanto como desvirtuar el verdadero concepto de lo aleatorio. Una cosa es el riesgo que depende de un evento futuro e incierto, que constituye un azar imprevisible de suyo desconectado de la voluntad de las partes contratantes. Y otra cosa completamente diferente es intentar vincular ese riesgo futuro o incertidumbre con la actividad voluntaria de alguno de los contratantes. Basar las consecuencias de lo aleatorio en el hecho consciente y deliberado de que el obligado quiera o no cumplir su compromiso es tanto como amparar las informalidades contractuales y proteger a los poco escrupulosos, frente a los que no pretenden sino el justo cumplimiento de la contraprestación cuando ellos cumplieron puntualmente con la suya."

⁵⁴ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 312: "Ahora bien, en este tema de si la resolución de la renta vitalicia se ha de efectuar sin efecto retroactivo (como en la generalidad de los contratos de tracto sucesivo) o con efecto retroactivo al día de la celebración del contrato (como en los demás contratos bilaterales) no se puede operar con criterios meramente dogmáticos, sino que hay que acudir a criterios de equidad que señalarán cuál de las dos clases de resolución es en este caso más justa."

⁵⁵ La cuestión de la irresolubilidad se ha matizado permitiéndose si el pagador incumple, desde el principio, la obligación de pago de la renta, si el rentista incumple la obligación de transmitir los bienes o derechos o si se pactó así. V. O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Dijusa. Madrid, 2009. Pág. 653, y ALBALADEJO, M. "Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla". En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. EDERSA. Madrid, 1981. Págs. 10-12.

notar que el contrato de seguro, contrato típicamente aleatorio, no tiene vedada en su regulación la posibilidad de resolución por incumplimiento (v. art. 15 LCS).

Tampoco me convence la idea de que la privación del remedio resolutorio es predicado del hecho de que la renta vitalicia constituye un negocio de carácter unilateral y real a tenor del texto del art. 1802 CC y que guardaría semejanza con el mutuo. Y digo que no me convence por lo siguiente. En primer lugar, porque la renta vitalicia objeto de mi análisis está más próxima a la compraventa ya que en el mutuo el deudor devuelve la cantidad igual a la percibida, lo que no ocurre en la renta.⁵⁶ En segundo lugar, porque hay cierta contradicción en el hecho de que el art. 1805 CC prive de resolución cuando, si estuviéramos ante un negocio unilateral, esa privación iría de suyo, no siendo necesaria hacerla explícita en el CC. Y en tercer lugar porque existe verdadera interdependencia entre las obligaciones de las partes. La entrega del bien se hace en consideración de la renta pactada, renta que asume el pagador por la transmisión del dominio sobre la cosa. La reciprocidad misma se encuentra en el propio art. 1804 CC según el cual, es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. La idea que hay detrás de la sanción de nulidad es la falta de reciprocidad y contraprestación necesaria para que el contrato sea válido.⁵⁷ De igual forma, el hecho de que no quepa la resolución de la renta vitalicia tampoco me parece que puede fundamentarse en la idea de que el rentista pueda tener a su favor una carga de tipo real que le conceda una especial protección. Soy consciente de que se ha planteado el problema de la expresión literal *carga real* empleada en el art. 1802 CC a fin de dilucidar si el acreedor tiene, además de la acción personal para

⁵⁶ O'CALLAGHAN, X., *Compendio*, pág 652.

⁵⁷ V. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La renta*, pág. 86.

exigir la renta, una de tipo real sobre los bienes que entregó al pagador, en forma parecida al censo. Pero se ha concluido que no es así, puesto que el término *carga* del precepto se refiere a obligación o carga personal de satisfacer la renta.⁵⁸

La cuestión me parece que adquiere enorme relevancia si analizamos con un poco más de detenimiento el precepto puesto que de su dicción literal puede constatarse que la prohibición de resolver se dirige exclusivamente al acreedor de la renta con lo que se da a entender que el deudor de la misma podría acudir a la resolución si el incumplimiento grave se da en la otra parte.⁵⁹ Prohibir la resolución ante un incumplimiento grave del deudor de la renta, pero permitirlo si el incumplimiento grave proviene de la actuación del acreedor de la misma no puede encerrar otra conclusión válida que la de que la cuestión de la resolución no se recoge en toda obligación recíproca, por lo que no la categoriza. Si no la categoriza, el eliminar la resolución de forma preventiva –que ya analizaremos en qué casos puede hacerse y con qué límites- no va contra la naturaleza o esencia de la obligación recíproca. El que el CC, sin un fundamento categórico, prive al acreedor del remedio resolutorio refrenda que éste es simplemente eso, un remedio y no algo definidor de la obligación sinalagmática.⁶⁰

⁵⁸ O'CALLAGHAN, X., *Compendio*, pág. 652. V. igualmente SSTs de 8 de mayo de 1992 [RJ 1992, 3891] y de 11 de julio de 1997 [RJ 1997, 6152].

⁵⁹ QUIÑONERO CERVANTES, E. "Artículo 1805". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Pág. 1765.

⁶⁰ En relación a la falta de fundamento categórico de la eliminación de la resolución en la renta vitalicia se ha pronunciado BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La renta*, pág. 164: "Cuál sea el fundamento real y verdaderamente tomado en consideración para impedir la aplicación automática de la facultad resolutoria del artículo 1.124, en incierto, y quizá la incertidumbre radica en la falta total de explicación de una medida de este tipo. De importante repercusión, pues no puede afirmarse que la simple falta de pago de alguna de las pensiones no tiene la importancia que la ley exige para que funcione la resolución contractual. Al contrario, dicha falta de pago implica incumplimiento total de la obligación contraída, demostrada, al igual que en todas las obligaciones duraderas de ejecución periódica, a través del incumplimiento parcial. Tal vez el fundamento haya que buscarlo en razones de otra índole

La contrapartida que el precepto confiere al acreedor al que se le priva de la facultad resolutoria es la de pedir el cumplimiento -ciertamente facultad a la que no hacía falta hacer referencia- y el aseguramiento de las rentas futuras. Y aquí entiendo debo detenerme nuevamente ya que esa mención expresa al aseguramiento tiene especial importancia y, en mi opinión, recoge la esencia de lo que es la principal exigencia, a la que luego haré referencia, para que un pacto de renuncia preventiva a la resolución sea válido. Esa exigencia no es otra que exista la posibilidad de cumplimiento, por equivalente o de forma específica. En efecto, me parece sintomático el que cuando el art. 1805 CC elimina la resolución como remedio frente al incumplimiento, lo hace arbitrando el derecho del acreedor de la renta de exigir un aseguramiento. El precepto, por tanto, da mucha más respuesta al tema que trato de lo que inicialmente podría imaginarse puesto que de él se concluye que,

(i) no en todas las obligaciones recíprocas la ley permite la resolución, *ergo*, añadido, ésta no es definitiva de la obligación recíproca y,

(ii) al prohibir la resolución el ordenamiento se cuida muy mucho de blindar la posibilidad del cumplimiento, por medio de esa vía del aseguramiento expresamente recogida. Si se priva de la resolución, el cumplimiento debe poder asegurarse.

Más adelante volveré sobre los requisitos del pacto de renuncia preventiva, pero el art. 1805 CC da importantes pinceladas sobre cómo debe abordarse la

que las antes expuestas, como sería el deseo del legislador de apurar al máximo la permanencia de la relación de renta, dada su función previsor para el futuro, que evidentemente quedaría muy disminuida si se permitiese ejercitar el derecho a la resolución tan pronto como el deudor dejase de pagar alguna de las pensiones o rentas.”

cuestión, puesto que de forma expresa alude a la posibilidad, *rectius* necesidad, de aseguramiento en el cumplimiento.

Con relación a esta cuestión hay otra que reforzaría, si bien desde un punto de vista diferente, la conclusión a la que antes he llegado. Y es que el art. 1805 CC no impide que las partes sí pacten la posibilidad de resolver el contrato de renta vitalicia. Más allá de las iniciales reticencias sobre el particular⁶¹ la jurisprudencia permite el pacto de resolubilidad. Así las cosas, la prohibición de acudir al remedio resolutorio contenida en el art. 1805 CC no es ni definitiva ni definitiva de nada, sino que puede enervarse mediante pacto expreso.⁶²

3.3. Esencialidad y exigibilidad de la prestación incumplida.

Dejando de lado, por un momento, los aspectos hasta ahora comentados, debe remarcarse que la cuestión de la interdependencia de las prestaciones y la exigencia de reciprocidad de las obligaciones me lleva a otro requisito para el ejercicio de la facultad resolutoria cual es la esencialidad de la obligación incumplida. Es doctrina jurisprudencial consolidada el que los incumplimientos de obligaciones accesorias carecen de virtualidad resolutoria.⁶³ Esta exigencia está íntimamente

⁶¹ Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 1951 [RJ 1951, 2035].

⁶² La prohibición del art. 1805 CC no es por tanto imperativa. Se trata de una norma que opera en caso de falta de pacto expreso. Me parece interesante la STS de 23 de abril de 1998 [RJ 1998, 2599] por cuanto dispone que “[s]e trata de un pacto válido, conforme a los artículos 1255 del Código Civil, en relación a los artículos 1091 y 1258, que no conculca ni contradice el artículo 1805 y hace aplicable el artículo 1124, por responder a convenio expreso surgido de la plena autonomía de la voluntad de los contratantes y así lo tiene reconocido la constante jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil (SS. 13 mayo 1959 [RJ 1959, 1999], 14 octubre 1960 [RJ 1960, 3086], 15 enero 1963 [RJ 1963, 20] y 2 julio 1992 [RJ 1992, 6502]).” En mi opinión, todo ello revela que no siempre hay remedio resolutorio en las obligaciones recíprocas, de suerte que aquél no es definitivo de éstas.

⁶³ Entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 384], de 14 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3404] y de 31 de mayo de 2007 [RJ 2007, 4336].

ligada con el concepto de interdependencia de las obligaciones recíprocas puesto que la esencialidad o no de la obligación incumplida vendrá determinada por su carácter de interdependiente en relación a las obligaciones de la otra parte. No podrá resolverse si lo que se ha incumplido son obligaciones accesorias, es decir, aquellas que no tienen carácter recíproco respecto a la prestación a la que se compromete la contraparte.⁶⁴ Sin duda el problema viene a la hora de determinar qué debe considerarse obligación accesoria y principal puesto que nuestro TS no ha fijado un criterio apriorístico. La tarea no siempre resultará sencilla. En alguna ocasión nuestro más Alto Tribunal ha dispuesto la resolución por el incumplimiento de una obligación accesoria en tanto que éste implicaba el incumplimiento de la obligación principal⁶⁵ y en otras se ha centrado en las graves consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento antes que considerar como principales las obligaciones esenciales para la consecución del resultado típico del contrato y calificar de secundarias a las demás.⁶⁶

Lo cierto es que el CC tampoco es muy claro al respecto. Y no lo es porque existen preceptos de los que parece desprenderse que también obligaciones de tipo accesorio o secundario dan lugar a la resolución del contrato. A los efectos del presente estudio este extremo me parece relevante. Efectivamente, por un lado acabamos de ver que el ordenamiento priva de la facultad resolutoria algunos incumplimientos graves en determinados contratos sinalagmáticos (v. renta vitalicia) y ahora vamos a tratar contratos en los que la propia ley habilita al contratante a acudir a la resolución a pesar de que el incumplimiento no se predica de una

⁶⁴ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 19.

⁶⁵ STS de 10 de marzo de 1950 [RJ 1950, 704].

⁶⁶ SSTS de 30 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4101], de 11 de julio de 1991 [RJ 1991, 5342] y de 14 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7557].

obligación esencial. Ciertamente, y anticipándonos a los ejemplos de tales casos a los que haremos referencia a continuación, puede concluirse que existe una evidente intención del legislador de acomodar el remedio resolutorio al tipo contractual concreto, eliminándolo en ocasiones, facilitándolo en otras. Incluso, constataré que en un mismo tipo de contrato, el arrendamiento, confluyen estas dos circunstancias. Veamos todo ello.

Centrémonos en el art. 1556 CC que, regulando el contrato de arrendamiento, dispone que el arrendador o el arrendatario no cumplieren con las obligaciones previstas en el art. 1555 CC o 1554 del CC podrán pedir la rescisión del contrato⁶⁷ y la indemnización de daños y perjuicios o sólo esto último dejando el contrato subsistente. Pues bien, si acudimos al art. 1555.3 CC se dispone la obligación del arrendatario de pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato, *ergo*, según este precepto, el incumplimiento de una obligación accesoria puede dar lugar a que el arrendador “rescinda” el contrato. Sin duda sorprende que el incumplimiento de una obligación no principal -como es la de pagar los gastos del contrato- pueda dar lugar a la resolución del contrato ya que el remedio resolutorio está reservado a los incumplimientos más graves de obligaciones principales quedando la vía indemnizatoria para resarcir al acreedor ante incumplimientos de obligaciones secundarias. Pero el precepto dice lo que dice, sin distinguir.⁶⁸

⁶⁷ *Sic*, aunque entiendo que más bien estamos ante una resolución del contrato.

⁶⁸ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 818. En este sentido, y remarcando el carácter especial del art. 1556 CC frente al general 1124 CC, v. LUCAS FERNÁNDEZ, F. “Artículo 1556”. En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Pág. 1099: “La utilidad del 1556 es evidente, porque calificando el supuesto que contempla de resolución siempre afectará a un contrato de tracto sucesivo con sus naturales peculiaridades. Y además por cuanto que tratándose del 1556 y en relación con las obligaciones de los arts. 1554 y 1555, no tendría que probar ninguna de las partes ni la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego (puesto que siendo alguna de las que prevén dichos arts. Directamente autoriza el 1556 el ejercicio de la acción), ni siquiera a mi juicio una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor (que no exige en el art. 1556, para el que basta con el incumplimiento de la obligación, una cualquiera, de entre las que

Un supuesto parecido lo podemos encontrar, también en el régimen del arrendamiento, en el art. 1569.3ª CC. Dicho precepto se refiere a la posibilidad de ejercitar la acción de desahucio contra el arrendatario. En esta regla se habilita al arrendador a desahuciar al arrendatario en caso de infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato. Si bien es cierto que se habla de desahucio y no de resolución del contrato, nadie puede dudar que estamos ante lo mismo, esto es, provocar que el negocio se extinga por incumplimiento. Lo importante es que, según el precepto aludido, el arrendador puede terminar el contrato de arrendamiento si se incumple cualquiera de las condiciones pactadas⁶⁹. Es más, si tomamos en consideración que el art. 1569 reglas 1ª y 2ª recoge como causas de desahucio el incumplimiento de obligaciones esenciales como el pago del precio convenido o el término de la duración pactada, podemos concluir que la regla 3ª del art. 1569 CC está pensando, *ex profeso*, en obligaciones accesorias, ya que las principales se encuentran definidas en las reglas 1ª y 2ª del referido precepto⁷⁰. Y hay

prevén los arts. 1554 y 1555). Por el contrario, tratándose de una obligación que no sea de las previstas en los arts. 1554 y 1555, pactada en el contrato, deberá entonces la parte perjudicada acudir al art. 1124 y, en su caso, probar la concurrencia de todos los requisitos que la jurisprudencia exige para que prospere la acción.”

⁶⁹ Como pone de manifiesto LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de Obligaciones*. Volumen III. *Contratos en particular*. Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2003. Pág. 247: “La jurisprudencia entiende que no toda infracción de los pactos o estipulaciones contenidos en el contrato puede fundamentar una acción de desahucio, sino solamente la que se realice por dolo, culpa o negligencia exclusivamente imputable al arrendatario (cfr. sentencias de 5 de julio de 1929 y 11 de abril de 1951).” A este respecto también conviene citar la SAP de Madrid (Sección 13ª) de 25 de enero de 2000 [AC 2000, 2998] que dispone: “Tiene declarado la jurisprudencia que la infracción (del art. 1569.3 del Código Civil) ha de ser realizada por dolo, culpa o cualquier negligencia del arrendatario, pues en otro caso habría de ventilarse en juicio declarativo (STS de 12 de junio de 1997, con cita de las de 7 enero 1903, 8 junio 1903 y 26 octubre 1925), sin que proceda el desahucio cuando no resulta evidente la infracción cometida, o ésta no se ha ejecutado mediante dolo, culpa o negligencia exclusivamente imputables al arrendatario (SS. 19 mayo de 1925 y 5 julio 1929).”

⁷⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Artículo 1569”. En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Pág. 1135: “Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato. La infracción ha de ser realizada por dolo, culpa o cualquier

más; también constituye una obligación no esencial la contenida en el art. 27.2.c de la LAU referida a la necesidad de actualizar la fianza cuyo incumplimiento, por mor del referido artículo, da derecho al arrendador a resolver de pleno derecho el contrato. Subrayo, posibilidad de resolver si no se actualiza la fianza. ¿Existe, sobre el papel, una obligación más accesoria que esa? En suma, se flexibiliza el incumplimiento resolutorio al máximo permitiendo acudir al remedio en casos que casan mal con la idea de gravedad y esencialidad en el incumplimiento de una obligación principal.

Pero quizá lo que más llame la atención sea que, en el propio contrato de arrendamiento de vivienda, el incumplimiento esencial por antonomasia como es el impago de la renta, no necesariamente determina la resolución del contrato. Conocida es la institución de la enervación del desahucio a la que alude, entre otros preceptos, el art. 22.4 de la LEC. Con ella, a pesar de que el arrendatario haya impagado la renta y el arrendador, ante ese incumplimiento grave, opte por la resolución del contrato interponiendo una demanda de desahucio, el arrendatario puede rehabilitar el negocio, aunque sea sólo por una vez, pagando. Aquí, por tanto, sin embargo, se dificulta la resolución a pesar de que el impago es un incumplimiento esencial. La enervación viene a ser una suerte de incorporación imperativa y automática, para el contrato de arrendamiento, de la facultad prevista en el artículo 1124.3 CC.

negligencia del arrendatario; en otro caso habría de ventilarse en juicio declarativo (STS 7-I-1903, 8-VII-1903, 26-X-25). Procede el desahucio cuando el arrendatario infringe la obligación pactada de satisfacer dentro de plazo, las cargas y tributos que graven o puedan gravar el inmueble y su explotación, y a justificar cada 15 días tenerlos satisfechos (STS 15-IV-21, y en sentido análogo STS 11-VI-26) y cuando habiéndose prohibido el subarriendo, lo subarrendó el arrendatario (STS 12-I-23, 18-V-23) bastando una cualquiera infracción de las condiciones del contrato, sin que se exija totalidad de infracciones (STS 18-IV-29). Pero no procede cuando no resulta evidente la infracción cometida, o ésta no se ha ejecutado mediante dolo, culpa o negligencia exclusivamente imputables al arrendatario (STS 19-V-25 y 5-VII-29)."

Con todo esto, no es ya sólo que el art. 1124 CC permita al juzgador dar más plazo frente al incumplimiento grave, facultad de la que puede hacer uso o no según las circunstancias, sino es que la propia ley impone la posposición del remedio ante un incumplimiento tan grave y esencial en el arrendamiento como es el impago de la renta. Si la ley impone la posposición del remedio, entiendo que también van a poder hacerlo las partes. La cuestión está en si también van a poder eliminar el remedio. A eso volveremos más tarde.

También en la regulación del censo enfiteútico encontramos supuestos destacables de facilitación legal en cuanto al uso del remedio resolutorio. El art. 1648.2ª CC dispone que el dueño de la finca podrá reclamar su devolución si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato. De nuevo no se hace distinción, aunque lo que es claro es que lo que da derecho al dueño a pedir la devolución de la finca no es la falta de pago de la pensión –obligación ésta a todas luces esencial- puesto que el incumplimiento de dicha obligación ya está sancionado de forma expresa en la regla primera de dicho precepto.

En suma, el propio CC permite al acreedor de la prestación acudir al remedio resolutorio en los casos en que estamos en presencia de incumplimientos no esenciales, lo que impide elevar a categoría absoluta el requisito del incumplimiento de obligación esencial como presupuesto de ejercicio de la facultad prevista en el art. 1124 CC. La facultad resolutoria es un remedio que el propio legislador amolda al caso concreto, a las circunstancias existentes. Y obviamente ese acomodo también puede tener su origen en la voluntad de las partes.

Como conclusión al análisis anterior todo apunta a que no existe en el diseño legal una completa homologación cualitativa del incumplimiento que da derecho a

resolver. Ello invita a que ya la doctrina haya preferido identificarlo a una noción más híbrida entre lo objetivo y lo subjetivo: la frustración del contrato.⁷¹

Dejando de lado la esencialidad de la obligación incumplida, es también requisito para el ejercicio del remedio resolutorio el que las prestaciones recíprocas de las partes hayan devenido exigibles.⁷² Este requisito es fácilmente comprensible. Si las prestaciones de las partes están sujetas a término que todavía no ha llegado, o sometidas a condición suspensiva estando pendiente ésta, no puede hablarse de incumplimiento ni, por ende, de resolución (a salvo el recurso a una alteración del vencimiento convencional o con base en el art. 1129 CC).

No obstante, debe tenerse en cuenta que el requisito de la exigibilidad de las prestaciones no impide que el contratante que no haya cumplido su prestación porque todavía no es exigible pueda resolver el contrato si la contraparte no ha cumplido con su obligación ya exigible.⁷³ Dicho de otra manera, no sólo puede resolver el contrato el contratante cuya obligación ha devenido exigible, también podrá hacerlo el contratante cuya prestación no es exigible, frente al incumplimiento de prestación sí exigible de su contraparte. En suma, no sólo el contratante cumplidor puede resolver el contrato, también puede hacerlo el contratante no incumplidor.⁷⁴ Nuevamente, el sistema es curioso. Se permite por un lado resolver al contratante cuya prestación ni tan siquiera es exigible frente al incumplimiento del contratante

⁷¹ V. ya Díez-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005. Págs. 82 y ss.

⁷² Entre otras, SSTS de 13 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2738], de 11 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6443] y de 19 de mayo de 2008 [RJ 2008, 3091].

⁷³ Díez-PICAZO, L. *Fundamentos*, pág. 818.

⁷⁴ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 17.

que ha incumplido lo ya exigible, pero, sin embargo, como hemos visto *ut supra*, hay incumplimientos que no dan derecho a resolución.

3.4.- Incumplimiento del deudor.

Es presupuesto esencial para el ejercicio de la facultad resolutoria el que exista incumplimiento de la obligación. En eso no hay duda. No obstante no debe olvidarse que la categoría del incumplimiento es poliédrica. Efectivamente, no es lo mismo que estemos en presencia de un incumplimiento de obligaciones principales que accesorias. Tampoco puede tratarse igual un incumplimiento definitivo que un incumplimiento parcial o un simple retraso en el cumplimiento. También hay que apuntar, sin perjuicio de lo que será objeto de desarrollo más adelante, que las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, pueden haber precisado lo que se entienda por incumplimiento, lo cual tendrá efectos en cuanto a la posibilidad del ejercicio de la facultad resolutoria. En último lugar, habrá que tener en cuenta si el incumplimiento es culpable o no.⁷⁵

Partiendo de la necesidad de que exista incumplimiento, surgen múltiples incógnitas relevantes al objeto del presente trabajo. Resulta necesario referirme a ellas.

3.4.1.- Imputabilidad del incumplimiento.

Una de las cuestiones que de forma recurrente se plantean al hablar de incumplimiento resolutorio es la referida a si el incumplimiento ha de ser imputable. Dicho de otra forma: ¿puede resolverse el contrato cuando el incumplimiento no se debe a culpa del deudor? La cuestión, que ahora simplemente se expone sin ánimo

⁷⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 18.

de agotarla en toda su dimensión, se solventará más adelante por su incidencia en este trabajo y por requerir el tratamiento de otras cuestiones que vendrán seguidamente.

Cierto es que el art. 1124 CC no recoge de forma expresa la necesidad de reproche culpabilístico para poder ejercitar la facultad resolutoria, pero no debe olvidarse que el artículo 1105 CC determina que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables, más allá, claro está, de los casos en los que expresamente lo disponga la ley o en los que así lo declare la obligación. En igual sentido, el art. 1182 CC determina la extinción de la obligación consistente en entregar cosa determinada cuando ésta se perdiese o destruyere sin culpa del deudor, antes de haberse constituido en mora.

Una de las clásicas aproximaciones para resolver el problema ha sido la que parte de aplicar la teoría de la causa a las obligaciones recíprocas. Si la causa de la obligación de una de las partes en sede de obligación recíproca es el compromiso de prestación de la contraria –art. 1274 CC–, el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor supone que falte la causa de la obligación de la persona que se ve agraviada por la imposibilidad de cumplimiento de contrario. Ésta última ha sido la posición del TS quien sostiene que el art. 1124 CC es aplicable también a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación.⁷⁶ La aplicación de la resolución a los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación se basa en una jurisprudencia anterior en atención a la cual el principio de equidad hace que no sea posible otorgar la resolución en aquellos casos *“[...] en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreparable*

⁷⁶ STS de 9 de octubre de 2006 [RJ 6463, 2006].

lo impida".⁷⁷ Los casos de incumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito constituirían, a estos efectos, supuestos de hechos obstativos al cumplimiento. La idea que hay detrás de tal postulado es que no resulta lícito en sede de obligaciones recíprocas el que un contratante no cumpla con su obligación por causas de fuerza mayor pero que, sin embargo, pueda exigir de la contraparte el pago del precio.⁷⁸

Ocurre sin embargo que dicha concepción jurisprudencial que permite resolver el contrato sin culpa del deudor, a pesar de estar basada en elementales principios de equidad, parte de confundir la resolución de los contratos por incumplimiento y la teoría de los riesgos en las obligaciones recíprocas.⁷⁹ Surge así una confrontación entre quienes entienden que los supuestos de resolución sin culpa deben ser solventados por medio de la teoría de los riesgos y quienes sostienen que la institución de la resolución es aplicable en casos de incumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito. Adicionalmente, como veremos más adelante, la aplicación de la resolución a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita choca con la regla *periculum est emptoris* que parece propugnar el art. 1452 CC en atención a la cual, si tras la perfección del contrato -pero antes de la entrega- la cosa se pierde sin culpa, el riesgo lo corre el comprador ex art. 1452 CC, quien además debería de pagar el precio.⁸⁰

⁷⁷ V. ya STS de 10 de marzo de 1949 [RJ 1949, 269].

⁷⁸ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 34.

⁷⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág.167.

⁸⁰ NAVARRO PÉREZ, J. L. *La compraventa Civil. Antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*. Editorial Comares. Granada. 1993. Pág. 327: "[...] pericida fortuitamente la cosa después de perfeccionado el contrato, el vendedor queda exento de su obligación de entregarla, pero el contrato subsiste, y por ende el comprador queda obligado a pagar el precio, y no lo puede repetir si ya lo hubiera pagado [...]. El problema de los riesgos exige: 1) Pérdida o deterioro de la cosa vendida. 2) La pérdida o deterioro debe ser ocasionada por caso fortuito (casus) o fuerza mayor (vis maior). 3) El hecho de la pérdida o deterioro ha de haberse producido en el tiempo que media entre el otorgamiento de la compraventa y el de su consumación, o sea, desde la perfección del contrato hasta el momento de la realización de la entrega o traspaso de la cosa vendida al comprador. El riesgo que corra la cosa

Tres son los argumentos que utilizan quienes sostienen la culpabilidad como requisito para la resolución⁸¹:

a) Aunque el art. 1124 CC no exija comportamiento culpable, la falta al compromiso asumido o la falta de cumplimiento presupone culpa (arg. arts. 1150 y 1152 CC).

b) El párrafo segundo del art. 1124 CC habilita al perjudicado a escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o su resolución, con el resarcimiento y el abono de los intereses en ambos casos. *Ergo*, si se permite reclamar, en ambos casos –resolución o cumplimiento– indemnización de daños y perjuicios es porque el incumplimiento ha de ser culpable. Además, carecería de sentido dar la opción entre cumplimiento o resolución cuando la prestación ha devenido imposible de forma sobrevenida.

c) Por último, el hecho de que el art. 1124.3 CC permita al Tribunal al que se pida la resolución el que señale plazo adicional para cumplir caso de existir causas justificadas, casa mal si la obligación ha devenido imposible por caso fortuito. Y tampoco acaba de cohabitar con lo previsto en el art. 1103 CC en relación a la facultad de los Tribunales de moderar la responsabilidad que proceda de la negligencia.

antes de dicha celebración, o después de entregada, los soporta, desde luego, su dueño, que será, respectivamente, al vendedor, antes y el comprador, después.”

⁸¹ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 35.

Por otro lado quienes sostienen que la resolución del contrato bilateral también está permitida en aquellos supuestos en los que se produce una imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable, argumentan que:

a) El art. 1124 CC no exige culpabilidad para que pueda ejercitarse la facultad resolutoria.

b) El párrafo segundo del art. 1124 CC establece que el contratante perjudicado por el incumplimiento podrá pedir la resolución *aún* después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste *resultare imposible*, lo que, desde un punto de vista gramatical permite sostener que puede pedirse la resolución cuando el cumplimiento *resultare imposible*, incluso en los casos en los que inicialmente se optara por el cumplimiento.⁸²

c) Por último, se alega el art. 1274 CC en el sentido de que el incumplimiento, aunque se deba a caso fortuito, produce la desaparición de la causa de la obligación recíproca asumida de contrario, lo que permite la resolución.⁸³

En este sentido, DíEZ-PICAZO⁸⁴ sostiene que las obligaciones no se resuelven porque el incumplimiento sea culpable sino porque existe incumplimiento propiamente, citando para apoyar su tesis una concluyente jurisprudencia muestra

⁸² DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 838.

⁸³ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 839.

⁸⁴ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 821, donde sostiene que: “No se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento. Y ello ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable que si no lo es. Los casos relativos a la imposibilidad sobrevenida fortuita [...] son una prueba palmaria, si no fuera suficiente el hecho de que el art. 1124 CC contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad.”

de la cual fueron ya las originarias SSTS de 16 de mayo de 1941 y de 25 de noviembre de 1946. El referido autor concluye que el instituto de la resolución debe tenerse como regla general en caso de incumplimiento de la obligación recíproca aunque no medie culpa, poniendo como límite a la acción resolutoria los supuestos en los que la ley imponga una distribución de riesgos distinta al resultado del ejercicio de la facultad resolutoria.⁸⁵

La cuestión, en lo que a este trabajo concierne, es relevante. Comparto la aplicabilidad de la resolución al supuesto de caso fortuito, pero ello me lleva a plantear dos cuestiones que ahora sólo enunciaré. La primera es saber si la renuncia al remedio resolutorio –en la medida en la que institución sirve no sólo para el incumplimiento culpable sino para el no culpable- implica o no una redistribución de riesgos, o dicho de otra manera, si hay renuncia al remedio, el acreedor no podrá resolver aunque el incumplimiento sea no imputable. La segunda cuestión que se plantea será la referida a cómo es posible que se sostenga, por un lado, que la resolución como institución se aplica al incumplimiento no imputable y, a la vez, el propio CC, en el contrato generador de obligaciones recíprocas por antonomasia, la compraventa, imponga –según la jurisprudencia en interpretación del art. 1452 CC- el riesgo de pérdida al comprador una vez perfeccionado el contrato y estando pendiente la entrega. Sobre esto, por su importancia, volveré más tarde.

3.4.2.- Gravedad del incumplimiento.

El incumplimiento resolutorio se caracteriza por ser un incumplimiento grave.⁸⁶ Dicha exigencia está íntimamente ligada al principio de conservación de los

⁸⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 839.

⁸⁶ V. entre otras, SSTS de 10 de diciembre de 1996 [RJ 8844, 1996], de 16 de junio de 1998 [RJ 3713, 1998], de 27 de febrero de 2004 [RJ 1316, 2004] y de 14 de mayo de 2007 [RJ 3404, 2007].

negocios, al principio de buena fe, al deber de fidelidad al contrato y *pacta sunt servanda* de forma que, en homenaje al contrato y a la palabra dada, no cualquier incumplimiento tiene virtualidad resolutoria, sino que es necesario que sea verdadero y propio, esencial, grave, de trascendencia para la economía de los interesados o que goce de la suficiente entidad como para impedir la satisfacción económica de las partes.⁸⁷ Otras sentencias se han referido a que el incumplimiento, para ser resolutorio, ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, o la frustración de las legítimas expectativas de las partes, sus aspiraciones, el fin del contrato, o la quiebra de la finalidad económica del contrato, la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un interés atendible en la resolución, o ser de tal importancia el incumplimiento en la economía del contrato que justifique el remedio resolutorio.⁸⁸

⁸⁷ PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español. Obligaciones y Contratos*. T-IV. Vol. I. *Teoría General de la Obligación*. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958. Pág. 341: “Ante todo, es necesario distinguir según se trate del incumplimiento propio o absoluto o del incumplimiento impropio, pues es principio de lógica que según sea la gravedad de la ofensa así debe ser la intensidad de la sanción. Si el incumplimiento es impropio, es decir, si la obligación, no obstante, se cumple, aunque no en el mismo tenor establecido en el vínculo o consignado en la ley, el Derecho sólo concede una indemnización de daños y perjuicios de matiz complementario. Si el incumplimiento es absoluto o propio, es decir, si se ha violado terminantemente el contrato, entonces la reacción es más intensa. De momento, el Derecho permite que la parte fiel cumplidora de sus deberes pueda, si el negocio jurídico establecido tiene naturaleza bilateral, abstenerse de seguir cumpliendo su obligación, concediéndole la *exceptio non adimpleti contractu*, o dar por destruido el vínculo por medio de la acción resolutoria que le concede el art. 1.124, siempre, claro está, con la pertinente indemnización de daños y perjuicios. Pero también puede pedir que siga el contrato adelante, obligando al deudor al cumplimiento de lo pactado.”

⁸⁸ Así, entre otras, la STS de 4 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2157]: “[...] según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte [SS. 24-2-1990 [RJ 1990, 713] y 7-6-1991 [RJ 1991, 4430], así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria -y no sanada por una justa causa que la origine- obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó [SS. 14 febrero y 16 mayo 1991 [RJ 1991, 1268] y [RJ 1991, 3706], siendo, en definitiva, aplicable el art. 1504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato,

En derecho español no hay un precepto que con carácter general determine la gravedad que debe revestir un incumplimiento para poder acudir al remedio resolutorio ni tampoco cuales son los criterios a seguir para constatar dicha gravedad, si objetivos o subjetivos.⁸⁹ Sin embargo, de la jurisprudencia antes mencionada puede concluirse que, como punto de partida, el criterio para valorar la gravedad del incumplimiento es esencialmente objetivo con las concreciones que se harán a continuación, es decir, que se va a atender al resultado del incumplimiento en la relación contractual objetivamente considerada, a la objetiva importancia del incumplimiento y no a la importancia subjetiva del incumplimiento para el acreedor.⁹⁰ De esta forma aquellos incumplimientos no esenciales, o lo que ha venido en denominarse “infracciones mínimas”, no permiten el ejercicio de la facultad resolutoria.⁹¹ Para tales incumplimientos no esenciales debiera permitirse al deudor que llevara a cabo la prestación en un plazo razonable e indemnizando los daños que haya podido causar. En este sentido cobra importancia la previsión del art. 1124.3 CC que dispone que “el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.” De donde se concluye que el Juzgador puede condicionar la resolución que se le interesa al hecho de que el deudor no cumpla en el plazo que se le señala a tal efecto⁹² lo que, como ya he anticipado, refrenda la idea de la posible posposición del remedio. La cuestión de la gravedad en el incumplimiento también puede verse en el art. 121 del TRLGDCU al

el impago duradero, prolongado, injustificado. S. 20-12-1989 [RJ 1989, 8849]”. Entre los autores, Díez-PICAZO, L., Fundamentos, pág. 843, y CLEMENTE MEORO, M. E., La resolución, pág. 21.

⁸⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución*, pág. 171.

⁹⁰ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 843 y CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, págs. 21 y 22.

⁹¹ V. STS de 10 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3680].

⁹² Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 867.

establecer que la resolución, como remedio, no procederá si la falta de conformidad es de escasa importancia, si bien, como también veremos, en dicho precepto el remedio se caracteriza por estar postergado, por ser de tipo secundario, supeditado a que el cumplimiento (reparación, sustitución) no sea posible.

No obstante ese criterio general de valoración del incumplimiento desde un punto de vista objetivo, ha de hacerse notar que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden modular qué es importante para ellas a los efectos de conseguir los fines que se proponen a la hora de contratar.⁹³ No veo problemas – más allá de las limitaciones propias del art. 1504 CC- a que esa modulación pueda realizarse por medio de una condición resolutoria expresa a través de la cual las partes establezcan que el acaecimiento de determinado incumplimiento, aunque no fuera esencialmente grave en abstracto, determine la posibilidad de resolver⁹⁴, sin perjuicio de lo que pueda considerarse ejercicio abusivo del derecho a resolver⁹⁵.

⁹³ MONTÉS PENADÉS, V.L., “Artículo 1.124 CC”, pág. 1.239.

⁹⁴ V. STS de 31 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9272] en cuyo FJ segundo, con estimación del recurso de casación, puede leerse lo que por su claridad se transcribe: “[...] basta una lectura detenida del suplico de la demanda para comprobar que la acción ejercitada en la misma no es, como erróneamente entienden las resoluciones de instancia, la resolución contractual con amparo en lo previsto con carácter genérico en el art. 1124 del Código Civil, sino la resolución específica pactada en la cláusula quinta, apartado b), por interrupción injustificada de la demandada, «Cresma SL», en la prestación de sus servicios, acción esta última que a diferencia de la primera, no exige un incumplimiento total y pleno de la obligación principal del contrato, sino que procede en cuantos supuestos se cumpla la condición a cuya existencia se haya subordinado la resolución pactada, y, en el caso que nos ocupa, previéndose que ésta tendrá lugar en caso de «interrupción de los servicios contraídos por la Cooperativa sin causa justificada por "Cresma SL"», y acreditando en autos, como así lo admite la resolución recurrida, la existencia de tal interrupción, si bien es calificada en la misma como causa insuficiente para provocar la resolución contractual, al amparo del erróneamente aplicado precepto del art. 1124 del Código Civil, obvio es que debe estimarse este primer motivo.”

⁹⁵ V. STS de 2 de febrero de 1984 [RJ 1984, 571] en la que, a pesar de pactarse la falta de pago de una mensualidad como condición resolutoria explícita de la venta una vez transcurrido el plazo de 20 días desde la práctica del requerimiento judicial o notarial, atendidas las circunstancias del caso se estima la resolución como oportunista y abusiva. También, en forma similar, la STS de 26 de julio de 1999 [RJ 1999, 6777].

Esto es, cabría una subjetivización previa del incumplimiento, siempre que sea bilateral o común. Lo que se rechazaría es la subjetivización posterior y unilateral (por el mismo art. 1256 CC). Y siguiendo en esta línea, entiendo que incluso las partes pueden determinar en el contrato qué no es importante para ellas o, siéndolo, que sólo quieren que en caso de incumplimiento se les asegure un remedio indemnizatorio y no la recíproca devolución de prestaciones puesto que ésta no es valorada como útil o satisfactoria a sus intereses.

Lo que interesa poner de manifiesto a los efectos de este trabajo es que la gravedad como requisito en la resolución no trae causa de un intento de homenajear el contrato sino que tiene más que ver con evitar pretensiones oportunistas de quien resuelve buscando salirse del contrato ante cualquier incumplimiento porque le resulta gravoso mantener el negocio. También constituirá vara de medir a la hora de conceder la resolución o utilizar la facultad de conceder más plazo ex art. 1124.3 CC la circunstancia de que la resolución genere más costes que el cumplimiento mismo así como las dificultades de liquidar estados posesorios que llegan a su fin como consecuencia de la resolución.⁹⁶ Y todo eso es susceptible de previsión por las partes en el contrato a la hora de armar cuales son los remedios en caso de incumplimiento, primando unos e incluso excluyendo otros, como la resolución.

⁹⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, págs. 1121-1122. Esta idea ha sido especialmente bien planteada y desarrollada por este autor, al disponer que “[c]on esto queremos proporcionar también una expresión sintética y cabal de la doctrina del incumplimiento resolutorio. El incumplimiento es resolutorio si está acreditado que los motivos que tiene el acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas, y si los costes de salida del contrato y recuperación del statu quo ex ante no son irrazonables para ambas partes, incluyendo la parte incumplidora. Ésta última idea es especialmente fructífera, y explica por qué en muchas ocasiones el juzgador parece dar curso a pretensiones resolutorias que no están fundadas en un incumplimiento suficiente, y justifica normas como el art. 1505 CC o 332 CCom, que no son excepciones o aberraciones históricas, sino manifestación de un principio de neutralidad ante la resolución como remedio cuando, a pesar del incumplimiento, res integrae extant en poder de las partes.”

3.4.3.- Retraso en el cumplimiento. Mora e incumplimiento.

El retraso como supuesto de incumplimiento resolutorio es una de las cuestiones que mayores discusiones ha suscitado a la hora de configurar los requisitos para proceder a la resolución de la relación contractual. ¿En qué medida se puede acudir a la resolución del contrato cuando hay una demora en el cumplimiento de la obligación?

Una primera aproximación al problema nos remite al art. 1258 CC. El principal límite que encontrará la resolución de contrato por retraso en el cumplimiento será la necesidad de acomodar el ejercicio de la facultad resolutoria a los postulados de la buena fe. El contratante moroso, en función de las circunstancias que envuelvan el retraso -tales como su posible justificación, imputabilidad, la disposición del deudor al cumplimiento inmediato, que persista o no la utilidad de la prestación para el acreedor-, podrá oponer la *exceptio doli* frente a una acción de resolución.

El concepto de buena fe como límite a la resolución por retraso ha sido completado por nuestra jurisprudencia a través de la utilización de dos conceptos: La frustración del fin práctico perseguido por las partes con el negocio y la producción en el contratante no incumplidor de un interés atendible en la resolución.⁹⁷ Efectivamente, en la medida en que el retraso en el cumplimiento de la obligación tenga como efecto que el contratante no incumplidor se vea privado de las legítimas aspiraciones puestas en el contrato, podrá el acreedor de la prestación acudir al remedio resolutorio. Y es que, en tales casos, si bien la prestación tardía puede no haber devenido imposible, carece ya de idoneidad para satisfacer las finalidades buscadas por el acreedor, bien por ser éstas propias del negocio jurídico, bien porque

⁹⁷ V., entre otras, SSTS de 26 de junio de 1990 [RJ 1990, 4897] y de 13 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9757]. También, MONTÉS PENADÉS, V.L. "Artículo 1.124 CC", págs. 1.242 y 1.243.

el deudor debió conocerlas a la hora de celebrarlo y no las rechazó.⁹⁸ Como contrapartida, el concepto de frustración del fin práctico perseguido por el negocio permite afirmar que el mero retraso en el cumplimiento, si la prestación continúa siendo útil al acreedor, no será causa que permita al acreedor ejercitar la facultad resolutoria. En esos supuestos, sin perjuicio de que es muy difícil establecer soluciones apriorísticas inamovibles,⁹⁹ el tribunal procederá a denegar la resolución que se haya interesado o concederá un plazo para la ejecución de la prestación, si existen causas justificadas, al amparo del art. 1124.3 CC.¹⁰⁰ Sin embargo, la cuestión no está exenta de problemas, puesto que, en ocasiones, el TS ha entendido que el remedio resolutorio es procedente aunque el retraso no sea especialmente intenso o relevante. Tal es el caso de la STS de 20 de enero de 2015, si bien se resuelve el contrato por caer en el ámbito de aplicación de un régimen especial.¹⁰¹ O

⁹⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 833.

⁹⁹ La dificultad de distinguir cuándo hay incumplimiento definitivo y cuándo un simple retraso es admitida recientemente por HERRADA BAZÁN, V., "Incumplimiento y resolución", págs. 34-36 y 45-49.

¹⁰⁰ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 25.

¹⁰¹ Interesa remarcar, por todas, esta STS de 20 de enero de 2015 [RJ 2015, 361], dictada por el pleno, que analiza si el retraso en la entrega de una vivienda comprada bajo el régimen de garantías de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, justifica la resolución del contrato a instancia del comprador o, por el contrario, es solamente un cumplimiento tardío del vendedor que no autorizaría la resolución del contrato. En este sentido la referida STS dispone que: "Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3290) (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante."

minimizando la esencialidad del retraso para preferir poner el acento en las exigencias derivadas de la buena fe, como ha sucedido con la STS de 25 de mayo de 2016.¹⁰² En cualquier caso se tiene la sensación de que, más allá de los términos empleados en sus decisiones, la jurisprudencia parece reservar el remedio resolutorio para aquellos supuestos en que el incumplimiento, por una u otra causa, se ha vuelto definitivo.¹⁰³

Ligada a la frustración de la finalidad práctica del negocio se encuentra la fórmula de un retraso que denote voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Nuestro TS ha acudido en varias ocasiones a dicho concepto a fin de distinguir entre un mero retraso justificado, con voluntad de cumplimiento posterior, de la intención decidida de no cumplir, lo que implica verdadero incumplimiento.¹⁰⁴

Por otra parte, al referirnos al interés atendible en la resolución -si bien el concepto aparece con contornos no tan claros-, se pretende dotar al retraso de virtualidad resolutoria en aquellos casos en los que la demora en el cumplimiento, por su extensión, hace que el acreedor haya perdido su interés en la prestación, de suerte que objetivamente ya no le pueda ser exigible el mantenimiento del vínculo.

Lo hasta ahora dicho nos lleva a un nuevo interrogante. ¿Es requisito previo para ejercitar la resolución por retraso constituir en mora al deudor? Nuestra mejor doctrina entiende que no es necesario. DíEZ-PICAZO sostiene que la institución de la

¹⁰² Establece la STS de 25 de mayo de 2016 [RJ 2016, 4301] que “[...] un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificaría la resolución del contrato cuando, por su duración o consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato.”

¹⁰³ Así también lo aprecia HERRADA BAZÁN, V., “Incumplimiento y resolución”, pág. 48, n. 88.

¹⁰⁴ V. STS de 7 de marzo de 2008 [RJ 2939, 2008].

mora responde solamente a trasladar al deudor los daños y perjuicios causados por el retraso y el riesgo de que la prestación sobrevenga imposible de forma fortuita, pero no es condición previa para la resolución.¹⁰⁵ Por su parte, CARRASCO PERERA argumenta la no necesidad de constituir en mora al deudor sobre la base de que el retraso puede ser esencial sin que el deudor haya sido constituido en mora y puede no llegar a ser esencial aunque esté constituido en mora.¹⁰⁶

Por su parte, el art. 1124 CC no hace referencia a la constitución en mora como requisito previo. Tampoco existe en el ordenamiento patrio un precepto que exige la previa constitución en mora siempre que se pretenda reclamar una indemnización.¹⁰⁷ En suma, para proceder a la resolución por retraso no es requisito *sine qua non* haber constituido al deudor en mora.¹⁰⁸

Cuestión distinta, aunque ligada a la anterior, es la referida a si basta con poner al deudor de la prestación en mora para poder instar la resolución del contrato. Ciertamente, la mora, después del requerimiento del acreedor de la prestación, supone un incumplimiento de la obligación a tenor del art. 1101 CC, pero, ¿es ella suficiente para acudir a la resolución? Tomando en consideración lo dicho

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 832. También CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad*, pág. 323.

¹⁰⁶ CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, pág. 1132. El autor alude a la necesidad de atender a la casuística. V. SSTs de 22 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3783] y de 5 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10432].

¹⁰⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 202, y CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, págs. 28 y 29.

¹⁰⁸ Contundentemente, ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. 13ª Edición. Edisofer. Madrid, 2008. Págs. 105 y 106: “Cuando uno de los obligados no cumple, y el otro ha cumplido o está dispuesto a cumplir, éste puede exigir: bien que se imponga a aquél el cumplimiento forzoso, bien la resolución de la obligación, de forma que cada uno quede desligado de la suya; y, además, que, en cualquiera de ambos casos, se le indemnicen los daños y perjuicios que haya sufrido (C.c., art. 1.124, 1ª y 2ª, primera mitad). Basta incumplimiento; no es preciso que se esté constituido en mora.” En contra, CRISTÓBAL MONTES, A., *La mora del deudor en los contratos bilaterales*. Civitas. Madrid, 1984. Págs. 173 y ss.

hasta ahora, en relación a la frustración de las legítimas expectativas de las partes en el contrato, entiendo que la constitución en mora, *per se*, no debiera suponer causa suficiente para resolución sino que habría que anudar a la misma una frustración del fin práctico del acreedor en el negocio.¹⁰⁹ Dicha tesis se ve refrendada por el hecho de que el art. 1100 CC *in fine* se dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, pero, desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro. De esta forma, difícilmente la constitución en mora bastará por sí sola para la resolución cuando la mora se producirá, por mor del art. 1100 CC, de forma automática cuando cumple el otro contratante.¹¹⁰ Así las cosas, la constitución en mora no parece suficiente, por sí sola, para resolver la obligación.

Ahora bien, sentado lo anterior y a los efectos de esta tesis, es claro que el retraso en el cumplimiento puede determinar la resolución del contrato en función de las circunstancias y la privación de las legítimas expectativas del contratante. Y también es aceptado que las partes categoricen el plazo como esencial, de suerte que sólo tiene sentido y es verdadero cumplimiento aquél que acontece dentro del horizonte temporal pactado. Pero siendo así las cosas, no hay inconveniente en que para las partes la fijación de un término no sea esencial y se pacte de forma expresa que la mora no habilitará a la resolución del contrato, pacto que entiendo perfectamente válido siempre que, una vez más, se cumplan las exigencias de la renuncia preventiva al remedio resolutorio que se tratarán más adelante.

¹⁰⁹ En este sentido v. CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 29.

¹¹⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 204.

3.4.4.- Incumplimiento total vs. incumplimiento parcial.

El incumplimiento resolutorio por antonomasia es aquel que supone infracción total de la prestación convenida. Estoy pensando en los casos de falta absoluta del comportamiento debido o en los supuestos de entrega de cosa diversa o inhabilidad del objeto para la satisfacción del interés del acreedor. No obstante, no debe olvidarse que el art. 1169 CC dispone que no puede obligarse al acreedor a que reciba parcialmente las prestaciones en que consista la obligación, de suerte que, el cumplimiento parcial, no es en sí mismo, cumplimiento. De esta forma debe admitirse que no sólo el incumplimiento total de la obligación permitirá al acreedor acudir al remedio resolutorio, también el incumplimiento parcial habilitará al ejercicio de la referida facultad. Sin embargo, para poder acudir a la resolución por la vía del incumplimiento parcial, éste deberá de reunir las notas de gravedad y esencialidad, amén de no ser contraria a la buena fe puesto que este remedio puede dar lugar a soluciones alejadas de la necesaria equidad, especialmente en los casos en los que lo que queda por cumplir constituye una parte muy pequeña en relación a lo cumplido.¹¹¹

En esa línea nuestra jurisprudencia, junto a la *exceptio non adimpleti contractus* ha reconocido la *exceptio non rite adimpleti contractus* como mecanismo de defensa del deudor frente a una acción de cumplimiento en la que la prestación fue cumplida de modo defectuoso. Esta materia ha sido especialmente tratada en sede de contratos de obra en los que el contratista ha ejecutado sólo parte de la misma o toda pero con defectos lo que hace que el comitente, a la hora de defenderse frente a una acción de cumplimiento dirigida a que pague el precio de la obra, se opone completamente al pago de la misma sobre la base del no adecuado

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 831. V. igualmente, por todas, STS de 2 de abril de 1993 [RJ 1993, 2989].

cumplimiento. La excepción de cumplimiento defectuoso, y con ella la evitación del pago de la obra, sólo podrá prosperar cuando el defecto en la misma sea de tal entidad y relevancia que se impida la consecución de la finalidad perseguida por el comitente puesto que, en caso contrario y por mor del principio de buena fe y conservación del contrato, deberá acudir a la vía reparadora solicitando bien una reducción del precio de la misma, bien el cumplimiento de la parte dejada de cumplir o la subsanación de lo hecho de forma incorrecta.¹¹² Ante la duda en relación a si el

¹¹² Conviene citar a estos efectos la STS de 15 de marzo de 1979 [RJ 1979, 871], donde se argumenta lo siguiente (considerandos segundo y tercero): *“Cdo.: Que para la decisión de los problemas planteados en la controversia, una vez sentada esa base fáctica, es preciso tener en cuenta que la llamada «exceptio non rite adimpleti contractus» o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el art. 1258 del CC atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción del precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras soluciones que ofrece el derecho comparado, remedios que este Tribunal ya ha contemplado precisamente para el contrato de empresa en la reclamación por el contratista del saldo de la obra, declarando en S. de 17 abril 1976 [RJ 1976, 1811] que sería contrario a la buena fe facultar al demandado comitente para retener el cumplimiento del resto total de su prestación cuando con una pequeña parte del mismo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra, en cuantía a determinar por el Juzgador de Instancia.*

Cdo.: Que dentro del ámbito del contrato de obra y en la hipótesis de ejecución parcialmente no acomodada a la «lex artis» o pericia profesional requerida, tal imperfección o cumplimiento defectuoso, no contemplado en la parca regulación que el CC dedica a tal figura para evento distinto del aludido en el art. 1591, provocará la condigna responsabilidad del contratista ante el comitente por cumplimiento irregular o inexacto de la obligación, con derecho al consiguiente resarcimiento, que se traducirá bien en la reparación específica o «in natura» si así se postula, a fin de realizar las obras correctoras precisas, incluso a costa del contratista (arts. 1091 y 1098 del CC), bien en el cumplimiento por equivalencia (art. 1101) por reducción en el precio, siempre, claro está, que los vicios de la obra no alcancen tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del comitente permita la utilización de las acciones del art. 1124 del CC; medida de la disminución proporcional del precio en razón de las deformidades o vicios, no obstante ser la obra hábil para su destino, que es una de las establecidas para tal supuesto por ordenamientos positivos foráneos y también autorizada por nuestro derecho general de obligaciones, según la jurisprudencia tiene resuelto, como en concreto ha declarado la precitada S. de 17 abril 1976 y se desprende del criterio mantenido por las de 10 noviembre de 1970 [RJ 1970, 5100], 1 febrero y 19 noviembre 1971 [RJ 1971, 523] y [RJ 1971, 4906] y 17 enero 1975 [RJ 1975, 17], recaídas en materia de resarcimiento por ejecución viciosa de la obra.”

cumplimiento defectuoso habilita al ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus* o si, por el contrario, no se puede excepcionar el íntegro pago de la prestación y ha de acudir a la vía reparadora, debe partirse del criterio de que la prestación defectuosa que permite el ejercicio de la excepción es la misma que daría lugar a la resolución.¹¹³ A estos efectos debe recordarse que la doctrina, sobre la base del art. 1592 CC, ha deducido que si la prestación es divisible, de manera que su cumplimiento se ha descompuesto en distintas ejecuciones parciales con autonomía propia y con retribución individual, la falta de ejecución de alguna de las partes parciales previstas y la consiguiente posible resolución del acreedor no afectará a las prestaciones ya realizadas y aceptadas.¹¹⁴

Siendo los conceptos de incumplimiento parcial y total muchas veces imprecisos, no veo inconveniente en que las partes pacten las consecuencias de uno y otro a nivel de remedios frente al referido incumplimiento. Es más, visto el estado de las cosas, ese proceder es especialmente recomendable. No obstante, lo que sí me parece relevante a efectos del presente trabajo es distinguir entre lo que es propiamente el remedio resolutorio -y también, las excepciones de contrato incumplido o de contrato no cumplido adecuadamente- del rechazo de la prestación defectuosa por el acreedor. En ocasiones ocurre que el acreedor, ante la entrega de material no conforme, decide rechazar la prestación generándose así la cuestión de si, con ello, está ejercitando la excepción de incumplimiento y, consecuentemente, si dicho proceder está condicionado a que la falta de conformidad sea, como vimos más arriba, sustancial. Si bien es cierto que habrá que atender a la casuística concreta, entiendo que el rechazo de la prestación defectuosa, con el fin de que el deudor la repare o solucione el problema, debería estar amparada bajo el paraguas del arriba

¹¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 806.

¹¹⁴ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 197. También CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 23.

citado art. 1169 CC (imposibilidad de compeler al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación) y del art. 1157 CC (no se entiende pagada una deuda sino cuando completamente se ha hecho la prestación). De esta forma, el rechazo de la prestación disconforme, no exigiría de la sustancialidad del incumplimiento, siempre, claro está, que se actúe de buena fe, sin abuso de derecho. Y la renuncia a la resolución no debería amparar o suponer renuncia a la posibilidad de rechazar la prestación defectuosa ex art. 1169 y 1157 CC.

3.5.- La llamada voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

La jurisprudencia ha exigido durante largo tiempo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento como exigencia para la resolución.¹¹⁵ Con ello se introduce lo que el TS ha llamado “factor etiológico subjetivo” en el sentido de que, para que el remedio prosperara, era preciso que el juzgador valorara el comportamiento del deudor a fin de constatar que su negativa al cumplimiento era rebelde, deliberada o, dicho de otra forma, si existían o no causas que justificaran su demora a la hora de cumplir con la prestación debida. La deliberación supondría consciencia del deudor en su incumplimiento, mientras que la rebeldía se entendería como contumacia, propósito incumplidor permanente.¹¹⁶ La base de tal exigencia se encuentra precisamente en la idea del necesario respeto a la palabra dada, esto es, al principio de *pacta sunt servanda*, así como al principio de equidad. Con base en estos principios el remedio resolutorio pasaba a tener cierto carácter excepcional, en el sentido de ser de interpretación restrictiva puesto que, por respeto al contrato y a la voluntad declarada de las partes, éste debía permanecer.¹¹⁷

¹¹⁵ Entre otras, SSTS de 20 de noviembre de 1984 [RJ 1984, 5616], de 11 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 7918] o de 5 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10432].

¹¹⁶ En este sentido v. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 835.

¹¹⁷ V. STS de 10 de marzo de 1949 [RJ 1949, 269].

Sin embargo la referida exigencia limita excesivamente el remedio resolutorio puesto que parece implicar que es necesaria la concurrencia de dolo en el deudor cuando es evidente que el incumplimiento puede deberse a supuestos en los que el deudor, simplemente, no actúa con la debida diligencia frustrándose el fin perseguido por el acreedor en el negocio.¹¹⁸ Esta circunstancia ha hecho que la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en el deudor haya ido, paulatinamente, matizándose en la jurisprudencia, lo que ha permitido constatar un cambio de tendencia hacia direcciones en las que la objetividad en el incumplimiento se convierte en la clave de bóveda del sistema.¹¹⁹ Puede verse en la jurisprudencia del TS esa evolución a raíz de tres interpretaciones distintas sobre el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.¹²⁰

La primera interpretación del TS consistió en exigir la concurrencia del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en su forma más estricta, esto es, aquella que implica que el juzgador debe analizar los motivos del

¹¹⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 191. También DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 835.

¹¹⁹ Muestra de ello son la STS de 5 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3671] y la STS de 10 de julio de 2002 [RJ 2002, 8243]. Ésta última dispone: *“La armonía jurídica y correlación se da entre los art. 1.504 y 1.124 del Código Civil, lleva a entender que el 1.504 constituye una especialidad del 1.124 y está proyectado a la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado y cuando se produce su impago se faculta la resolución si concurre correcto requerimiento judicial o por vía notarial [...]. Constatada la voluntad incumplidora de la parte compradora en cuanto a la no satisfacción de su carga contractual principal, que era la de satisfacer el precio de lo adquirido, conforme al art. 1.500 del Código Civil, para lo que no es necesario que se dé una intencionalidad dolosa ni voluntad precisamente rebelde, bastando que su conducta ocasione la frustración perseguida por las partes con el contrato... y ello hace preciso ... que el vendedor que resuelve haya cumplido las obligaciones que a él le incumben...”*. O también las SSTS de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005,3185), de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006, 620) o de 14 de febrero 2007 (RJ 2007, 567), estableciendo ésta última que: *“Y así es, ya que ha de significarse que la más reciente Jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por considerar suficiente, para la resolución del contrato, que el incumplimiento frustré el fin del mismo, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento [...]”*.

¹²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, pág. 835, y CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, págs. 31 y 32.

deudor a la hora de incumplir al efecto de constatar esa beligerancia en el cumplimiento.¹²¹ Esta interpretación fue la inicialmente sostenida por el TS y hoy se ha visto plenamente superada por posiciones objetivas.

La segunda interpretación del TS supuso una matización con relación a la exigencia del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Esa matización se basaba en el uso fórmulas dirigidas a exigir una actuación obstativa al cumplimiento más que una directa y pretendida vocación de incumplir. Se trataba de objetivar el incumplimiento, si bien sin que ello supusiera desligarlo plenamente de una suerte de voluntad de incumplir en el deudor.¹²² Se pretendía un distanciamiento de la exigencia subjetiva pero, más que por medio de su eliminación plena como requisito para la resolución, lo que se hace es dar por entendiendo que el requisito concurre por el hecho del incumplimiento mismo.

El origen de esa nueva tendencia mitigadora del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se sitúa a mediados de la década de los ochenta.¹²³ La primera de las resoluciones del TS que apunta en esa dirección es, en mi opinión, la de 19 de junio de 1985 [RJ 1985, 3300], al sostener en su primer considerando que:

“Que según constante doctrina jurisprudencial, la resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles con arreglo al artículo mil quinientos cuatro del Código Civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo

¹²¹ El origen de esta jurisprudencia se remonta a las STSS de 5 y 9 de junio de 1941.

¹²² SSTSS de 31 de julio de 1995 [RJ 1995, 5923] y de 16 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4348].

¹²³ Según ubica FERNANDEZ URZAINQUI, F. J., “El incumplimiento”, pág. 4.

1124 para toda clase de obligaciones bilaterales, descansa sobre el presupuesto del requerimiento preceptivamente exigido por aquella norma además del elemento básico de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contratante contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informado de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida [...]”.

Lo que hay, por tanto, es una evolución de la interpretación clásica, evolución que apunta a rupturismo pero que mantiene formalmente el requisito –acaso por temor reverencial a eliminar la teoría clásica-, si bien vaciándolo en gran medida de contenido al identificar su concurrencia con el hecho del incumplimiento mismo.

La tercera y última interpretación del TS, que se encuentra hoy vigente, se basa en objetivar el incumplimiento resolutorio, abstrayéndolo de la voluntad del deudor, centrándose en la existencia del incumplimiento mismo y en la frustración del fin del contrato.¹²⁴ Esta interpretación se alinea, además, con las posturas

¹²⁴ STS de 31 de mayo de 2007 [RJ 2007, 4336]: “Como señala la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2007 [RJ 2007, 730], no se exige «para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución, (Sentencias, entre otras, de 7 de mayo [RJ 2003, 3886] y 15 de julio de 2003 [RJ 2003, 4636]). En suma, como se ha declarado en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso núm. 3818/1999 [RJ 2006, 8401]), la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (Sentencias de 7 de mayo de 2003 [RJ 2003, 3886], 18 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6571] y 3 de marzo de 2005 [RJ 2005, 4731], entre otras)».”

vigentes en instrumentos internacionales, como la que recoge el artículo 25 CISG que contiene una definición de incumplimiento ajena a la intencionalidad del incumplidor.

Como exponente de esta interpretación me parece relevante la STS de 5 de abril de 2006 [RJ 2006, 1921] al disponer lo siguiente (FJ tercero):

“Esta Sala había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir «una voluntad deliberadamente rebelde» del deudor (sentencias de 28 de febrero de 1980 [RJ 1980, 1015] , 11 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5551] , 7 de febrero de 1983 [RJ 1983, 864] , 23 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 4783] y 18 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8843] , entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (sentencia de 19 de junio de 1985 [RJ 1985, 3300]), bien por una frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte» (sentencia de 18 octubre 1993 [RJ 1993, 7615]), bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (sentencia de 13 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2738]). Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) , ratificada por España en 1991, cuyo art. 25

considera esencial el incumplimiento de un contrato «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato», norma que debe servirnos para integrar el art. 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el art. 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos.»¹²⁵

Analizada la evolución que antecede, coincido en que incumplimiento resolutorio debe analizarse desde un punto de vista objetivo¹²⁶. El incumplimiento imputable grave genera, *per se*, la frustración de las expectativas del contratante cumplidor lo que ha de permitir, en condiciones normales, la resolución sin que sea necesario apelar a la voluntad del deudor de incumplir. Exigir esa voluntad nos

¹²⁵ Es interesante traer a colación la STS de 17 de marzo de 2011 [RJ 2011, 2881] que se pronuncia en los siguientes y elocuentes términos: "Esta Sala tiene declarado en sentencias, entre otras, de 17 julio 2007 [RJ 2007, 4961] y 31 enero 2008 [RJ 2008, 345], que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, o como dice la Sentencia de 9 de marzo de 2005 [RJ 2005, 2219] : "La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar - sentencias de 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4298] y 11 de marzo de 1991 - que es a lo que apunta la frase "actitud deliberadamente rebelde", bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, que no satisfacen el precio que se había acordado. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario - sentencias de 21 de junio de 1990, 23 de abril de 1992 [RJ 1992, 3321], 9 de octubre de 1993, 22 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10106], 17 de mayo, 4 de julio y 10 de octubre de 1994, 16 de marzo, 2 de octubre y 29 de diciembre de 1995 y 7 de febrero de 1996, 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8234] y 22 de febrero de 1999, entre otras muy numerosas".

¹²⁶ En este sentido v. RODRÍGUEZ-ROSADO, B. *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons. Madrid. 2013. Pág. 216.

llevaría esencialmente al dolo¹²⁷, privando del remedio resolutorio los casos en los que el incumplimiento no ha sido directa y principalmente querido por el deudor, lo cual no es admisible. Un apunte adicional. Todos aquellos que, en contra de lo que aquí sostengo, mantengan que debe exigirse el dolo en el incumplimiento como requisito para resolver, no podrán defender que el remedio es renunciable anticipadamente puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1102 CC, la renuncia de la acción procedente del dolo es nula.

3.6.- La inexistencia de incumplimiento en quien resuelve.

Por aplicación del principio de simultaneidad en el cumplimiento, propio de las obligaciones recíprocas, para interesar la resolución será necesario que el instante haya cumplido previamente con su obligación o esté en condiciones de hacerlo, en caso contrario el demandado estará en disposición de enervar la pretensión resolutoria por medio del ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.¹²⁸

No obstante, el requisito que ahora trato encuentra dos matices. El primero vendría dado por el hecho de que -tal y como ha manifestado nuestra jurisprudencia- conserva el derecho a resolver el contratante que ha incumplido como consecuencia de un incumplimiento previo de la otra parte.¹²⁹ De ahí que nuestra doctrina haya

¹²⁷ Ya la STS de 18 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6488] manifiesta que la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento “conduce en buena lógica a la conclusión de exigir dolo cuasipenal”.

¹²⁸ V., entre otras, SSTS de 9 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3891], de 22 de octubre de 1985 [RJ 1985, 4963] y la más reciente de 8 de febrero de 2017 [411, 2017] en cuyo Fundamento de Derecho sexto se dispone: “En consecuencia, ha de estimarse que la sentencia recurrida infringe en tal sentido el artículo 1124 CC, ya que de dicha norma se desprende la facultad de resolver las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados no cumple lo que le incumbe, pero siempre que haya cumplido el otro o esté en condiciones de hacerlo, lo que no sucede en el caso; o bien también permite dicha norma, que se inste el cumplimiento de la parte contraria pero siempre que pueda quedar cumplida la causa en virtud de la cual contrajo su obligación.”

¹²⁹ V. STS de 7 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8807].

sostenido que el presupuesto al que ahora hago referencia, más que referirse al previo cumplimiento del acreedor, deba entenderse como el no incumplimiento.¹³⁰ El segundo vendría dado por los supuestos en los que existe un término para el cumplimiento de la prestación. En tales casos, en la medida en que el término no haya vencido, no puede hablarse de incumplimiento ni, por ende, podría ejercitarse la facultad resolutoria. Ahora bien, el art. 1503 CC habilita al vendedor a promover inmediatamente la resolución de la venta si tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio. Si bien es verdad que dicha posibilidad se articula como excepcional en tanto que el mismo precepto concluye con una remisión al 1124 CC para el caso en que el motivo referido no se produzca, lo cierto es que permite hablar de incumplimiento, *rectius*, resolución, antes del vencimiento del plazo para cumplir.¹³¹

Las cuestiones antes referidas tienen una importancia innegable a los efectos de determinar la validez del pacto de renuncia preventiva. En primer lugar con relación a la posibilidad de que las partes, vía convencional, no sólo renuncien a la resolución con carácter preventivo sino que también renuncien a la excepción de incumplimiento. En segundo lugar en relación a qué significa que un contratante pueda resolver sin incumplimiento previo cuando hay fundado temor de pérdida de la cosa vendida y el precio.

En cuanto a la posibilidad o no de ampliar la renuncia preventiva e incluir en la misma la *exceptio non adimpleti contractus*: En mi opinión no debería haber

¹³⁰ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 39.

¹³¹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, págs. 187-188.

problema en aceptar también dicha renuncia¹³². No ya sólo, que también, porque las partes puedan conseguir ese efecto fijando un plazo de cumplimiento distinto de sus respectivas prestaciones, sino porque la propia ley implícitamente lo permite al regular los títulos cambiarios a la orden, esencialmente transmisibles, como pueden ser la letra de cambio, el pagaré o el cheque. En tales casos el comprador de mercancías que ha emitido un pagaré en favor del vendedor –que luego lo endosa a un tercero- puede encontrarse en la tesitura que, a pesar de que la mercancía recibida sea defectuosa, haya de atender el pagaré presentado al cobro por el tercero tenedor como efecto de la abstracción del título, sin posibilidad de oponer la excepción. Si bien es cierto, con relación a esta última cuestión, que puede decirse que la renuncia no sería algo intrínseco al contrato, sino efecto de la abstracción por la utilización del título valor, el efecto viene a ser el mismo, con lo que no debiera haber problemas a su incorporación al contrato vía pacto específico.

Con relación a la segunda de las cuestiones nuevamente, y a los efectos de la presente tesis, me parece relevante que el legislador permita resolver sin que medie previo incumplimiento.¹³³ Y me parece importante porque se desdibuja el

¹³² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 1055: “La excepción de incumplimiento es de Derecho dispositivo, y la parte favorecida puede renunciar a su beneficio (*solve et repete*), al menos si el acreedor no es un consumidor. La excepción no comporta una reclamación de cumplimiento, y no produce efectos interruptivos de la prescripción del propio crédito. (cfr. art. 1973 CC).” En igual sentido la SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 53/2005 de 25 de enero de 2005 [JUR, 2005, 209066] en cuyo Fundamento de Derecho decimotercero se dispone “La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones, con ser, sin embargo, un efecto normal o natural de las obligaciones bilaterales, no constituye una exigencia consustancial a su naturaleza, siendo susceptible de derogación por disposición legal o convencional.”

¹³³ En relación a la figura del incumplimiento anticipado resulta interesante la STS de 30 de marzo de 2010 [RJ 2010, 2538] al disponer: “Como puso de relieve la sentencia de 10 de octubre de 2.005 [RJ 2005, 8576], seguida por la de 19 de mayo de 2.008 [RJ 2008, 3091], también constituye incumplimiento -intencional- la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aun no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo.” V. igualmente RODRÍGUEZ-ROSADO, B. *Resolución*, pág. 228. De acuerdo con el autor, la figura tiene origen en el derecho inglés en el denominado *anticipatory breach* que englobaría tanto la manifestación de voluntad de incumplir el contrato como la conducta del que de

presupuesto del incumplimiento y se hace de tal manera que se confirma la conclusión de que en el marco de la resolución poca exigencia hay ya que sea ontológica. Ello nos lleva a la necesidad de proceder a hacer un ejercicio de inducción a fin de averiguar qué es aquello que categoriza al remedio. Aquello que lo dota de sentido. Pues bien, de ese ejercicio de inducción lo que en mi opinión resulta es que la resolución, como ya dije, es un remedio, uno más, frente al incumplimiento. Visualmente los remedios recuerdan a una moneda. Una cara sería la acción de cumplimiento (con sus distintas variantes) y la otra la resolución. Aunque se trate de remedios totalmente incompatibles entre sí existe cierta complementariedad entre cumplimiento y resolución de suerte que lo verdaderamente esencial es que el acreedor tenga uno u otro remedio. Se puede excluir uno si el otro es posible y viable. Precisamente, en esa misma línea, el propio art. 1503 CC, cuando desdibuja la exigencia de incumplimiento previo como presupuesto de la resolución, hace alusión a que el temor se proyecte sobre la pérdida de la cosa y el precio. Dicho de otro modo, lo que permite anticipar la resolución –pulverizando así el requisito del incumplimiento- es que el acreedor vaya a perder cosa y precio. Si el temor no se refiere a perder las dos, no cabe esa anticipación. Como más adelante desarrollaré, soy de la opinión que ése es el límite de la renuncia, el que el cumplimiento sea posible. Y esta posición tiene también aval en el precepto. Lo que realmente preocupa al legislador es que el acreedor no pierda cosa y precio porque en tal caso quedaría inerte, de ahí que permita la resolución sin incumplimiento. En la medida en que no haya *inermidad* en el acreedor, la renuncia será admisible, como será objeto de mayor análisis en *infra*, capítulo III, §3.3.

modo imputable se coloca en imposibilidad de cumplir su prestación. En mi opinión, el incumplimiento anticipado, por la generalidad en la que se pronuncia la sentencia transcrita, al menos en su variante de declaración de voluntad de no cumplir, es de aplicación no sólo en el contrato de compraventa.

4.- Efectos de la resolución por incumplimiento.

Con relación a los efectos de la resolución por incumplimiento, es sabido que la extinción del vínculo se produce con efectos *ex tunc* salvo en los casos en los que estamos en presencia de contratos de tracto sucesivo. Este tipo de contratos, sobre los que más adelante se volverá, generan importantes interrogantes en cuanto al modo de operar una renuncia a la facultad resolutoria puesto que, en contratos a largo plazo, al suprimirse el remedio resolutorio, se aboca al acreedor a la acción de cumplimiento como remedio en caso de incumplimiento del deudor (abstracción hecha de la *exceptio non adimpleti* que podrá ejercitarse salvo que también haya sido objeto de renuncia). Ello me llevará a determinar como exigencia para la validez de la renuncia en esos contratos el que la continua necesidad de acudir a la acción de cumplimiento no genere al acreedor gastos desproporcionados atendidas las circunstancias.

Por otra parte, en sede de efectos de la resolución, la ley permite también solicitar indemnización de daños y perjuicios generados por el incumplimiento. Se trataría de resarcir el interés positivo, entendido como indemnización que tenga por objeto el interés del acreedor en la prestación o interés en el cumplimiento.¹³⁴ Conviene tener presente que la renuncia al remedio resolutorio es independiente al remedio indemnizatorio. Se trata de remedios distintos por lo que la renuncia a la resolución no supone renuncia a la indemnización. De hecho, el sentido común nos dice que en la gran mayoría de casos, la cláusula de renuncia a la facultad resolutoria irá acompañada de mecanismos que aseguren, bien el cumplimiento de la prestación,

¹³⁴ PANTALEÓN PRIETO, F. "Resolución por incumplimiento e indemnización". ADC. 1989. IV. Págs. 1143-1168. El autor combate la alegación de ser contradictorio el comportamiento del contratante que, optando por resolver el contrato por incumplimiento, reclama a su vez una indemnización de daños en el sentido de su interés contractual positivo y concluye que la resolución no excluye la pretensión de indemnización por interés positivo.

bien un conjunto de remedios indemnizatorios suficiente que proteja al acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

5.- Conclusión en torno a la configuración legal de la facultad resolutoria, sus presupuestos y cómo ellos inciden en la posibilidad de la renuncia preventiva al remedio.

Tras este primer análisis del art. 1124 CC, a los efectos de la renuncia al remedio resolutorio, entiendo puede concluirse que el precepto que nos ocupa, en sí mismo considerado, no recoge con la amplitud necesaria los presupuestos, naturaleza y efectos de la facultad resolutoria.¹³⁵

En efecto. Existen interrogantes a los que el art. 1124 CC no da respuesta y a los que hemos tenido oportunidad de referirnos. Doctrina y jurisprudencia han tratado de cubrir esas lagunas hilvanando una serie de requisitos para la resolución, pero tal empresa no ha dado un resultado uniforme, permanente en el tiempo. Existen varios ejemplos en relación a ello. Sin ir más lejos, la exigencia inicial, como presupuesto de la resolución, de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del incumplidor y la convivencia en el tiempo de jurisprudencia en la que se primaba el componente subjetivo del incumplimiento con otra en la que el foco estaba en el componente objetivo. También las dudas acerca de la consideración de la mora como incumplimiento resolutorio. Recuérdesse a estos efectos la reciente STS de 20 de enero de 2015 [RJ 2015, 361] dictada por el pleno, que analiza si el retraso en la entrega de una vivienda comprada bajo el régimen de

¹³⁵ De hecho, en mi opinión, sigue estando plenamente vigente la afirmación de Díez-PICAZO: “*continúa constituyendo, a estas alturas de los tiempos, un insondable enigma la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden permitir la fórmula de una pretensión de resolución y en qué casos no ocurre así*” (DÍEZ-PICAZO, L., *Los incumplimientos*, pág. 13).

garantías de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, justifica la resolución del contrato a instancia del comprador, llegando a la conclusión de que cabe la resolución, a pesar de no ser un retraso especialmente intenso. La cuestión referida a la gravedad del incumplimiento es igualmente harto discutida así como su cohabitación con conceptos como la frustración del fin perseguido por los contratantes y/o el interés jurídicamente protegible en que se decreta la resolución.

El hecho de que la institución no se regule de forma completa en el art. 1124 CC sino que haya sido, en gran parte, la doctrina y la jurisprudencia las que hayan construido el remedio nos permite afirmar que la resolución, tal y como hoy la conocemos, no puede tomarse como algo absolutamente invariable, impermeable a la autonomía de la voluntad. Precisamente porque han sido doctrina y jurisprudencia las que han perfilado la figura es por lo que estoy en disposición de sostener que caben otras formas de resolución. O dicho de otra manera, las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tienen margen para separarse del diseño en el que la resolución se ha configurado. De esta forma, y como primera conclusión, el art. 1124 CC no recoge con detalle los presupuestos y efectos de la resolución. La institución es en gran parte fruto del desarrollo que ha ido tejiendo doctrina y jurisprudencia. La propia institución y sus requisitos han ido evolucionando en el tiempo sin que pueda decirse que a fecha de hoy la resolución sea un cuerpo cierto, completo, cerrado. Si la institución no está regulada de forma completa en la ley sino que es fruto del desarrollo jurisprudencial y doctrinal que la acomoda a los tiempos es evidente que la forma en que se ha ido construyendo la resolución no es la única posible, siendo plausible que las partes puedan separarse de la manera en que se ha configurado hasta la fecha. Es más, viendo que en esa configuración doctrinal y jurisprudencial existen zonas oscuras es incluso recomendable que las partes establezcan en sus respectivos negocios su particular forma de construir la resolución, determinando los

incumplimientos concretos frente a los que podrá acudir a la resolución del contrato y, lo que es lo mismo, aquéllos otros que no habilitarán a acudir a ese remedio sino sólo a la vía reparadora, esto es, aquellos que determinarán una no resolución.

Tras el análisis realizado de los presupuestos de la resolución legal, a los efectos de cómo inciden ellos en lo que es el objeto de esta tesis, esto es, la posibilidad de renunciar preventivamente al remedio, se constata que poco o nada hay intocable, porque poco o nada hay impermeable a la voluntad de las partes. En este sentido recuérdese como ni tan siquiera algo tan elemental como el incumplimiento previo se exige en todo caso para proceder a la resolución puesto que es suficiente el temor fundado en el acreedor de perder precio y cosa para poder acudir al remedio. Lo que sí se desprende del análisis realizado es la necesidad de huir de apriorismos y proceder a un ejercicio de inducción de lo que es esencial en relación a la institución. Y tras ese ejercicio se constata que pocas líneas rojas hay que limiten la posibilidad de proyectar la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el remedio. Del análisis de los presupuestos se constata que entre esas líneas rojas, que luego se analizarán con más detalle, se encuentra la necesidad de que el renunciante no quede en una situación de *inermidad*.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO DE LA RENUNCIA PREVENTIVA EN OTRAS FUENTES Y SISTEMAS

Con carácter previo a describir en detalle los argumentos que van a permitir concluir acerca de una eventual admisibilidad del pacto de renuncia preventiva al remedio resolutorio en España, parece conveniente hacer una incursión fuera de nuestro sistema, específicamente en los ordenamientos francés e italiano, por constituir éstos la base sobre la que nuestro CC construyó básicamente la resolución, y por tratarse de sistemas de cercanía no solo geográfica, sino también jurídico-cultural y social. No se trata de hacer un análisis exhaustivo de la institución en dichos países, sino más bien de centrarme en aquellas cuestiones que entiendo inciden en la posibilidad o no de la renuncia al remedio. La mirada al ordenamiento francés e italiano que propongo se justifica por tanto en la aspiración de que, en la medida en que tales ordenamientos admitan la renuncia, se estará en mejor disposición para utilizar sus argumentos y defender la misma en nuestro ordenamiento, habida cuenta de aquella estrecha ligazón de nuestro CC con sus homólogos francés e italiano, y siempre tratando de valorar el grado de comparabilidad que admitan aquéllos.

Adicionalmente a lo anterior, en este capítulo analizaré también algunos instrumentos normativos transnacionales, en concreto la CISG, los PDCE, el DCFR, los Principios UNIDROIT 2010 y la PRPECCR. Nuevamente conviene remarcar que esta incursión no ambiciona un estudio en profundidad de los requisitos para el ejercicio del remedio según tales disposiciones. Mi interés en los instrumentos internacionales se justifica en que en ellos se unifican concepciones del derecho distintas entre sí, de suerte que en su proceso de creación se acude, al regular cada institución –y en concreto la resolución-, a una fusión de lo que verdaderamente es lo esencial y común. Sólo acudiendo a la esencia común se conseguirá que el resultado normativo cuente con la aceptación de los distintos países signatarios. Y es precisamente en la esencia común donde se recoge aquellos caracteres irrenunciables de cada institución para cada ordenamiento. Me parece interesante ver, pues, si en esa esencia común se encuentra o no la prohibición de disponer del remedio resolutorio.

1.- La admisibilidad de la renuncia preventiva en derecho francés. La Sentencia de 3 de noviembre de 2011 de la *Cour de Cassation*.

Hasta la reforma operada por la *Ordonnance n° 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el CC francés regulaba la facultad resolutoria en el art. 1184. Dicho precepto disponía cuanto sigue:

“La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n’est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsqu’elle est

possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances”.

Tras un análisis preliminar del precepto, en especial de su apartado primero, a uno le asaltaba la tentación de ver en el remedio resolutorio francés recogido en el art. 1184 hoy derogado una condición resolutoria sobreentendida –“*La condition resolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques*”-, configuración que, a su vez, podría encontrar cierto refrendo sobre la base de una interpretación sistemática del precepto puesto que el artículo en cuestión se encontraba en el párrafo 3º de la sección primera del capítulo cuarto del título tercero del libro tercero del CC francés que lleva por título “*De la condition résolutoire*”. Sin embargo, esa tentación inicial desaparecía tras la lectura literal sosegada del párrafo segundo del precepto, en el que se decía que la resolución no opera de pleno derecho –como ocurriría de ser verdadera condición resolutoria-. Estábamos por tanto -y seguimos estando tras la reforma, como enseguida veremos- ante uno más de los remedios de que dispone el acreedor frente al incumplimiento, no ante una condición resolutoria implícita.

De acuerdo con la literalidad del apartado tercero del antiguo art. 1184 CC francés, el remedio debía ser reclamado judicialmente, pudiendo a su vez el juez otorgar al deudor un plazo de tiempo adicional para que cumpliera, dependiendo de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* y la mejor doctrina ya pusieron de manifiesto que, a pesar de no recogerlo de forma expresa el texto de la ley, el remedio no sólo podía hacerse valer acudiendo

a los tribunales de justicia, era –y sigue siendo posible- ejercitar el mismo por vía extrajudicial, a cuenta y riesgo del acreedor.¹³⁶

La actual regulación del remedio resolutorio se encuentra en los artículos 1224 a 1230 CC francés y supone una evidente mejora tanto en cuanto a sistemática (las reglas sobre resolución se incluyen dentro de la sección relativa a la inexecución del contrato, y junto a los diferentes remedios que confiere el ordenamiento francés en caso de incumplimiento) como en contenido, puesto que, si bien en esencia, los nuevos preceptos no se separan de lo que venía siendo ya aceptado y aplicado por la jurisprudencia francesa, no cabe duda de que sí ordenan la cuestión de forma más clara. En este sentido interesa reproducir los artículos 1226, 1227 y 1228 por su claridad al constatar cuanto acaba de decirse:

« Article 1226

Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

¹³⁶ V. Cass. 1^{re} civ., 20 febrero 2001, nº 99-15170. BullCiv. I, nº 40. También FAGES, B. *Droit des Obligations*. 4 édition. Lextenso éditions, LGDJ. Paris. 2013. Págs. 236-237 : “Par exception à l'article 1184, alinéa 3, du Code Civil, qui prévoit que la résolution du contrat doit être demandée en justice, la Cour de cassation affirme depuis peu que ‘la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non’ Cette solution permet d'introduire en droit français, sans la nommer, une faculté de résolution unilatérale (dite aussi extrajudiciaire) qui existe dans de nombreux systèmes juridiques [...]; ou, à tout le moins, de conférer une véritable légitimité à la rupture de fait à laquelle une partie peut procéder au vu de la gravité du comportement de son cocontractant.”

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

Article 1227

La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

Article 1228

Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts. »

El incumplimiento resolutorio francés, tanto antes de la reforma como con posterioridad a la misma, ha de tener una gravedad suficiente para que el juez, que goza de libertad de valoración a estos efectos, pueda apreciar que la terminación del vínculo es un remedio apropiado.¹³⁷ Del mismo modo, el remedio no podrá ser utilizado por el acreedor si el incumplimiento del deudor trae causa del del primero.¹³⁸ La resolución podrá igualmente decretarse aunque el incumplimiento sea parcial, siempre que éste sea de gravedad en atención a las circunstancias.¹³⁹ Se

¹³⁷ Cass. 1re civ., 15 juill. 1999, n° 97-16001. Bull. civ. I, n° 245: “[...] le moyen se heurte au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour décider si les manquements imputés à un contractant sont d'une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat.”

¹³⁸ Cass. 1er civ., 21 oct. 1964. Bull. civ. I, n°463: “[...] la résiliation ne saurait être réclamée par le créancier lorsque l'inexécution de ses obligations par le débiteur est la conséquence de sa propre faute.”

¹³⁹ Cass. 1re civ., 27 nov. 1950. Bull. Civ. I, n° 237: “[...] il appartient aux juges, en cas d'inexécution partielle de ses obligations par l'une des parties, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a eu assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée.”

mantiene la posibilidad de que el juez, atendidas las circunstancias, conceda más plazo al deudor para cumplir.

Junto al remedio resolutorio, la jurisprudencia francesa había admitido y desarrollado la *exception d'inexécution* como remedio unilateral ante el incumplimiento. Con la reforma del Código civil, el legislador francés introduce dos nuevos preceptos, el 1219 y el 1220, que vienen a dotar de cobertura legal lo que la jurisprudencia ya había mantenido, esto es, que la excepción supone suspender la ejecución de la obligación que es propia y que puede oponerse tanto ante un incumplimiento total como parcial, lo que importa es que el incumplimiento sea lo suficientemente grave para justificar su uso,¹⁴⁰ de suerte que no constituya una respuesta desproporcionada.¹⁴¹ En esencia pues, a los efectos que interesan a esta tesis, no existen grandes diferencias entre la regulación de la resolución en Francia y la forma en que es aplicada la institución por los tribunales en España.

Tras revisar la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* en torno a la posibilidad de que las partes renuncien, con carácter preventivo a la facultad resolutoria por medio de pacto, sólo he encontrado una sentencia que se pronuncia sobre la cuestión, pero al hacerlo me parece de gran claridad y contundencia. Se trata de la Sentencia de la *Cour de Cassation*, chambre civile 3, de 3 de noviembre de 2011, nº 10-26203, en la que el Alto Tribunal concluye que:

“Mais attendu, d’une part, qu’ayant retenu à bon droit que l’article 1184 du code civil n’est pas d’ordre public et qu’un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la

¹⁴⁰ Cass. Com., 16 juill. 1980, nº 78-15956. Bull. Civ. IV, nº 297.

¹⁴¹ FAGES, B., *Droit des Obligations*, pág. 223.

résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable."

Es importante contextualizar el pronunciamiento que realiza la *Cour de Cassation* en la sentencia que acabo de citar, en especial conocer cuáles son los argumentos o motivos de casación sobre los que la recurrente articula su impugnación.¹⁴² El recurso se articulaba, con carácter principal, sobre la alegación de invalidez de una renuncia preventiva a la facultad resolutoria en la medida en la que esa renuncia se proyecta sobre una obligación de carácter esencial, como es el pago del precio en la compraventa. Lo que hay detrás del motivo es la pretensión de que el ámbito de la renuncia debe quedar limitado a aquellos incumplimientos que, aunque relevantes y/o reiterados, no se refieren a la obligación principal.

En cuanto al referido motivo, la sentencia que comento resuelve la cuestión, como hemos visto, apelando al carácter dispositivo de la resolución y recordando que la renuncia a la misma ha de ser clara y precisa. La resolución de la *Cour* no entra en la cuestión de los límites de la proyección de la renuncia a obligaciones que no sean

¹⁴² El motivo de casación de la recurrente se articula de la siguiente manera, según se recoge en la sentencia: "1°/ que les parties ne peuvent pas renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat lorsqu'une telle renonciation porte sur une obligation essentielle du contrat ; qu'en estimant que la demande de résolution du contrat formée par la venderesse, Mme X..., était irrecevable en contemplation de la clause de renonciation à la résolution du contrat pour défaut de paiement du prix contenue dans l'acte de vente du 1er septembre 1986, quand cette clause de renonciation portait pourtant sur une obligation essentielle du contrat et ne pouvait produire effet, la cour d'appel a violé l'article 1184 du code civil, par refus d'application; 2°/ que, subsidiairement, la mise en œuvre de la clause de renonciation à la résolution est subordonnée à la bonne foi du débiteur qui l'invoque ; qu'en considérant que la demande de résolution du contrat formée par la venderesse, Mme X..., était irrecevable en contemplation de la clause de renonciation à la résolution du contrat pour défaut de paiement du prix contenue dans l'acte de vente du 1er septembre 1986, sans rechercher si cette clause était invoquée de bonne foi par les consorts X...-Y... qui s'étaient volontairement soustraits au paiement du prix, la cour d'appel a violé les articles 1184 et 1134, alinéa 3, du code civil ; "

esenciales. Ciertamente, entiendo que el argumento de la recurrente encierra una concepción de la renuncia que supondría privarla de validez en todo caso, puesto que tiene algo de entelequia sostener que la renuncia sería válida pero sólo si el incumplimiento no se refiere a la obligación esencial. Y me parece una entelequia porque la resolución sólo cabe si el incumplimiento se refiere a una obligación esencial, de suerte que se priva al acreedor de la finalidad legítima a la que aspiraba con el contrato. Si mantuviéramos la tesis de la recurrente, la renuncia nunca sería válida porque, como principio, no cabe resolver cuando el incumplimiento se proyecta sobre obligaciones accesorias siendo en tales casos otros los remedios adecuados por más proporcionados (indemnización de daños y perjuicios, reducción del precio, reparación, etc.).

Dejando aparte las consideraciones sobre las alegaciones de la recurrente, me parece que la sentencia de la *Cour de Cassation* es de gran relevancia porque elimina el postulado de que la resolución es algo inmanente a las obligaciones recíprocas en el sentido de connatural a las mismas. En efecto, me parece que si el remedio resolutorio no es de derecho público¹⁴³, se impulsa una distinción que nunca debió perderse de vista y que podemos enunciar de la siguiente manera: una cosa es que las obligaciones recíprocas lo sean en la medida en la que la prestación de una de las partes se justifica en la asumida por la contraria, pero otra muy distinta es el elenco de remedios que el acreedor ostenta frente al incumplimiento del deudor. Los remedios frente al incumplimiento, entre los que está la facultad resolutoria, son

¹⁴³ También han afirmado que el remedio resolutorio no es de derecho público TERRÉ, F. SIMLER, P. LEQUETTE, Y. *Droit Civil. Les Obligations*. 5^e. édition. Éditions Dalloz. París, 1993. Págs. 484-485: “Renonciation au droit de demander la résolution. Le point de savoir si les parties peuvent renoncer par avance au droit de demander la résolution est controversé. On enseigne généralement qu’une pareille clause devrait être interdite : l’article 1184 étant étroitement lié au pouvoir du juge de veiller à la bonne foi entre cocontractants, il n’est possible d’y renoncer, ni expressément, ni tacitement ; en particulier, le fait d’avoir préalablement demandé l’exécution forcée ne vaut pas renonciation à réclamer postérieurement la résolution. L’opinion contraire est cependant préférable : la résolution n’est nullement d’ordre public ; il doit être permis aux parties de convenir qu’elles se contenteront de l’action en exécution et qu’elles ne demanderont pas la résolution.”

reacciones o defensas lícitas del acreedor, pero como tales, ni definen ni naturalizan la obligación recíproca en sí, por lo que son renunciables anticipadamente, si bien respetando una serie de requisitos que analizaremos a lo largo de esta tesis. No veo por qué el orden público francés debiera ser distinto al imperante en España en este punto.

Lo que acabo de manifestar me permite también sostener, avanzándome un poco a lo que será objeto de desarrollo posterior, que si en Francia, la *Cour de Cassation* admite la renuncia preventiva, en la legislación civil española -tributaria de la francesa en derecho de obligaciones-, no parece que debieran encontrarse grandes inconvenientes teóricos para su aceptación.

2.- La admisibilidad de la renuncia preventiva en derecho italiano. La jurisprudencia de la *Corte Suprema di Cassazione*.

En Italia la regulación de la resolución del contrato por incumplimiento se encuentra en los arts. 1453 a 1462 del *Codice Civile*. Conviene precisar que, a diferencia de lo que acontece en el ordenamiento español, donde se trata la institución bajo el régimen de la condición y de una manera muy escueta -en un sólo precepto-, el ordenamiento italiano dedica toda una sección -en la que se encuentran diez artículos- dentro del capítulo XIV del Título II del Libro cuarto bajo la rúbrica "*Delle obbligazioni*".

El presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria sigue radicando en el incumplimiento, si bien en Italia la cuestión se aborda desde un punto de vista negativo: en atención al art. 1455 *Codice Civile*, no cabrá la resolución cuando el

incumplimiento de una parte es de escasa importancia¹⁴⁴. Ciertamente esa aproximación al incumplimiento resolutorio italiano no acaba de casar con la española toda vez que la regulación de la resolución recogida en nuestro CC exige que el incumplimiento sea grave, y no que no sea de escasa importancia. Entiendo que estamos ante conceptos diferentes –cuanto menos nominativamente- en tanto que entre incumplimiento grave e incumplimiento de no escasa importancia pueden existir estados intermedios ante los cuales la resolución española estaría vedada y no así la institución italiana. Parece por tanto que la resolución en nuestro sistema, al exigir el requisito de la gravedad del incumplimiento, sería de acceso más restringido que el remedio recogido en el *Codice Civile*. Ciertamente es que, en la valoración del incumplimiento, habrá de estarse a la entidad del mismo en relación a la finalidad contractual perseguida, y cierto también es que hay preceptos en el *Codice Civile* que concretan la entidad del incumplimiento para poder proceder a la resolución -como son los arts. 1525 y 1538, identificando o cuantificando los que dan lugar a la misma-, pero no puede negarse que los dos ordenamientos, italiano y español, encaran la institución, a efectos del presupuesto nominal de la gravedad en el incumplimiento, de una forma no plenamente coincidente.

El concepto de incumplimiento de no escasa importancia no es desconocido en España, lo que ocurre es que en nuestro país se usa no en el ámbito de relaciones sujetas al CC sino en lo referido a las relaciones en las que interviene un consumidor, en concreto en el art. 121 del TRLGDCU. Y nótese que cuando la legislación de consumidores regula dicho remedio, lo configura como de tipo secundario o subsidiario, de suerte que sólo se puede hacer valer una vez el consumidor no pueda

¹⁴⁴ Dispone el art. 1455 *Codice Civile* que “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra*”. V. *Cassazione Civile, sez. II, Sentencia de 13 de febrero de 2008, n. 3472 y Cassazione Civile, sez. II, Sentencia de 18 de febrero de 2008, n 3954.*

exigir la reparación o la sustitución del bien defectuoso o en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el usuario. De esta forma, la resolución española en sede de CC exige un incumplimiento grave, que entiendo que es más que un incumplimiento de no escasa importancia. Y cuando el TRLGDCU utiliza la fórmula “incumplimiento de no escasa importancia” como presupuesto de la resolución, lo hace posponiendo su uso y condicionándolo a que el cumplimiento, reparación o sustitución no hayan sido posibles para el consumidor.

El CC italiano sí dedica especial atención a los supuestos en los que el acreedor realiza un requerimiento previo a la resolución al deudor, intimando la mora de éste. En este sentido el art. 1454 del *Codice* dispone que la parte cumplidora puede intimar por escrito a la incumplidora a fin de que cumpla en un plazo determinado con advertencia de que si no se cumple en el plazo indicado el contrato se entenderá resuelto. En tal caso el término otorgado por el contratante cumplidor no puede ser inferior a quince días salvo diverso pacto entre partes o salvo que por la naturaleza del contrato o según el uso resulte un plazo menor. Terminado el plazo sin que se haya producido el cumplimiento, el contrato queda resuelto.¹⁴⁵

A diferencia de los que acontece en España -en donde ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado la *exceptio non adimpleti contractus* al no estar contenida de forma expresa en la regulación legal-, el *Codice Civile* sí regula dicho mecanismo de defensa frente al incumplimiento permitiendo al contratante cumplidor suspender el cumplimiento de su obligación si la otra parte no cumple o no ofrece el cumplimiento, salvo que se haya fijado en el contrato un plazo diferente de

¹⁴⁵ V. art. 1454 CC italiano (*Diffida ad adempiere*) así como *Cassazione Civile, sez. III*, Sentencia de 15 junio de 2010, n. 14292.

cumplimiento o éste resulte de la naturaleza del contrato.¹⁴⁶ El ejercicio de la excepción está limitado en forma expresa por la buena fe.¹⁴⁷ También en el ámbito de la excepción por incumplimiento el CC italiano regula lo que ha venido en llamarse cláusula de *solve et repete* civil, que no es más que un pacto de limitación de la posibilidad de excepcionar el incumplimiento. El pacto en cuestión consiste en que una parte se compromete frente a la otra a no oponer la excepción de incumplimiento a fin de evitar o retardar la prestación debida. El *Codice* determina que dicha cláusula no tendrá efecto en los casos de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato, justificándose dicha limitación en el hecho de que la cláusula en cuestión sólo puede tener sentido si el contrato es válido. Del mismo modo, de concurrir graves motivos, el juez puede suspender la condena, a pesar de la cláusula limitativa de la excepción, imponiendo en tal caso una garantía.¹⁴⁸ Si bien es cierto que el art. 1462 del *Codice* se está refiriendo a la excepción de incumplimiento –que no resuelve sino que suspende la exigibilidad de la prestación del cumplidor-, lo cierto es que de su lectura pueden extraerse algunas conclusiones interesantes. La primera de ellas es que el *Codice* configura el remedio o los remedios frente al incumplimiento como no inmanentes o identificativos de la obligación recíproca. La

¹⁴⁶ V. art. 1460 CC italiano (*Eccezione d'inadempimento*) así como *Cassazione Civile*, sez. III, Sentencia de 19 de octubre de 2007, n. 21973 y *Cassazione Civile*, sez. II, Sentencia de 6 de febrero de 2008, n. 2800.

¹⁴⁷ GALGANO, F. *Il Contratto*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007. Pág 503: *L'eccezione è contraria alla buona fede quando c'è proporzionalità fra la prestazione ineseguita e quella rifiutata (quando, in altre parole, manca il requisito corrispondente a quello della importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455).*"

La jurisprudencia en torno al requisito de la buena fe en el ejercicio de la excepción recuerda que *"la parte che oppone l'eccezione può considerarsi in buona fede, secondo la previsione di cui all'art. 1460 c.c., solo se il rifiuto di esecuzione del contratto si traduca in un comportamento che risulti oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che trovi concreta giustificazione nel rapporto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai canoni legali di corresponsività e contemporaneità delle medesime."* (*Cassazione Civile*, sez. II, Sentencia de 29 de abril de 1982, n. 2708).

¹⁴⁸ V. *Cassazione Civile*, sez. II, Sentencia de 21 de febrero de 2008, n. 4446.

obligación será recíproca haya o no posibilidad de excepcionar el incumplimiento –ya que la excepción es disponible preventivamente- y, en consecuencia, haya o no posibilidad de instar la resolución. En segundo lugar, la renuncia a la *exceptio non adimpleti contractus*, que como vemos es lícita, no se entiende sin límites. Existe la posibilidad de rescatar el medio de autotulela frente al incumplimiento en función de las circunstancias concurrentes, de suerte que, como también veremos más adelante, la renuncia al remedio resolutorio, aunque nazca válida, ha de claudicar ante determinadas situaciones.

En relación a la posibilidad de renuncia preventiva unilateral a la facultad resolutoria, se ha manifestado en sentido positivo, entre otros, COPPOLA, afirmando con claridad que:

“[...] ciascuna delle parti, isolatamente dall’altra, sarà legittimata ad abdicare, in via preventiva, al diritto di modificare la situazione giuridica preesistente, attraverso un atto di volontà – volontà nei cui confronti l’altra si trova in stato di soggezione-, rinunciando, oltre che alla futura azione giudiziale di risoluzione prevista dall’art. 1453 c.c., al futuro diritto di avvalersi, in vi stragiudiziale, della diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c., o della clausola risolutiva espressa, inserita nel contratto ai sensi dell’art. 1456 c.c.”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ COPPOLA, C. *La rinuncia ai diritti futuri*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 2005. Págs. 268. Ya poco antes, R. SACCO-G. DE NOVA. *Il contratto*. Vol. II. 3ª ed. UTET. Torino 2004. Págs. 616 y ss., donde manifiesta la *“validità della clausola [di irrisolubilità], purché rimangano operanti i rimedi rivolti all’adempimento e al risarcimento del danno, e venga rispettato l’art. 1229, nei confini suoi propri”*. Pero también hay autores que ponen en duda la validez de esa renuncia, como SCALFI, G., *“Risoluzione del contratto”*. Enc. Giur. Treccani. XXVII. Roma, 1991. Pág. 4, para quien la cláusula *“avrebbe per effetto di far rivivere le due promesse in modo autonomo, introducendo nel contratto un elemento di aleatorietà.”*

La justificación dada a la admisibilidad del referido pacto es precisamente el interés de las partes de mantener el contrato estable y bloqueado, eliminando por tanto un remedio frente al incumplimiento que pretenda su resolución.¹⁵⁰ De la jurisprudencia italiana parece desprenderse la aceptación de la renuncia al remedio resolutorio. Así la Sentencia *Cassazione Civile*, sez. II, de 23 de marzo de 1993, n. 3418, en la que puede leerse:

“[...] nel contratto di vendita di una macchina, la clausola limitante l’obbligo del venditore alla sostituzione dei pezzi riconosciuti difettosi e concernente la renuncia dell’acquirente all’azione di risoluzione e risarcimento, è lecita purché sia espressamente sottoscritta”.

En sentido similar la Sentencia *Cassazione Civile*, sez. II, de 12 de octubre de 2000, n. 13598, en la que se establece que:

“[...] la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive e l’inadempimento di uno dei contraenti sono, ai sensi dell’art. 1453 c.c., i fatti costitutivi dei diritti dell’altro contraente ad ottenere la risoluzione del contratto, ovvero l’adempimento, ed in ogni caso il risarcimento del danno, ma ciascuno di tali diritti, configurandosi in termini di diversità ed autonomia rispetto a ciascun altro, può legittimamente costituire oggetto di rinuncia senza che, per ciò solo, gli effetti di tale rinuncia debbano automaticamente estendersi anche agli altri (in particolare, senza che la rinuncia

¹⁵⁰ DELFINI, F. *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Ipsoa, 1998. Págs. 13 (y 61): “[...] un interesse a confezionare contratti bloccati e cioè stabili pur a fronte di inadempimenti di una delle parti [...]”

all'azione esperita per ottenere l'adempimento comporti, ipso facto, rinuncia all'azione di risoluzione), a meno che l'atto abdicativo non si atteggi, in concreto, come rinuncia tout court a far valere tutti i diritti conseguenti al fatto dell'inadempimento della controparte".

Y por último la Sentencia *Cassazione Civile*, sez. II, de 11 de mayo de 2005, n. 9926, recordando que:

"[...] la rinuncia, [...] del compratore all'azione di risoluzione malgrado la denuncia dei vizi della merce acquistata, non preclude infatti l'esame dell'azione risarcitoria del medesimo proposta perché detta azione, riconosciuta dall'art. 1494 c.c., è autonoma rispetto alle azioni redibitoria e quanti minoris e può esser pertanto esercitata anche da sola, purché ricorrano i presupposti –comuni alle altre due azioni- della tempestiva denuncia e dell'esistenza dei vizi, e la colpa del venditore, requisito richiesto per l'azione risarcitoria."

Consecuentemente, entiendo que la jurisprudencia italiana permite con carácter general la renuncia preventiva a la resolución. Y esa misma jurisprudencia aclara algo que, si bien puede resultar obvio, conviene retener, y es que la renuncia a la resolución no supone que se renuncie al resarcimiento del daño puesto que el resarcimiento no exige de resolución.¹⁵¹ De igual forma, esa renuncia preventiva a la resolución debe convivir en armonía con los requisitos exigidos en derecho italiano para la renuncia de derechos, requisitos que principalmente vendrían constituidos por la necesidad de tener un carácter expreso y no conculcar lo previsto en el art.

¹⁵¹ SICCHIERO, G., "La risoluzione", pág. 426.

1229 del *Codice Civile*, precepto que declara nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.

A modo de conclusión, el hecho de que el derecho civil italiano acepte la renuncia preventiva poniendo de manifiesto que la misma no afecta a la posibilidad del resarcimiento de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento permite hacer la siguiente reflexión. Ciertamente la renuncia no afecta a otros remedios, en concreto al resarcimiento, pero esa afirmación de no afectación lo que encierra es otra cuestión de mayor entidad, y es que la renuncia es válida en la medida en que haya otro remedio que satisfaga al acreedor frente al incumplimiento del deudor. O dicho de otra manera, y en mi opinión, la renuncia no puede conllevar irresponsabilidad del incumplidor.

3.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en la CISG.

El régimen de resolución por incumplimiento pivota en la CISG sobre el art. 49 en relación con el art. 25. En efecto, de acuerdo con el primero de los preceptos referidos, el comprador podrá acudir a la resolución si el incumplimiento por el vendedor de cualquier de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a las CISG constituye un incumplimiento esencial del mismo. Para determinar lo que deba considerarse como incumplimiento esencial hay que acudir al art. 25 que establece que el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. El artículo 49.2 CISG contiene un elenco de supuestos en los que el vendedor perderá el derecho a resolver a pesar de ser el incumplimiento esencial. Tales supuestos se articulan sobre

la necesidad de ejercitar el remedio en un plazo razonable.¹⁵² Ahora bien, una vez el comprador ejercite la resolución, el juez o árbitro no podrá conceder al vendedor ningún plazo de gracia (art. 45 CISG) a diferencia de lo que ocurre en nuestro CC.

Pero, más allá de estudiar el régimen de la resolución en el seno de la CISG, lo que me interesa es constatar cómo trata dicho instrumento internacional la cuestión de la disposición del remedio. Y para ello es clave el artículo 6 que establece que las partes podrán excluir la aplicación de la CISG o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

A fin de analizar este particular me parece relevante empezar poniendo de manifiesto que, con carácter general, la existencia de un derecho internacional material uniforme objeto de un convenio internacional se proyecta sobre dos ámbitos esenciales. En primer lugar, el derecho uniforme excluye la operatividad de las normas de derecho internacional privado nacionales –salvo expresas indicaciones en contrario- y, por otro, en la medida en que tales convenios contienen regulaciones materiales, sustituyen, como normas especiales, a la regulación sustancial de la materia en sede nacional en lo que se refiere a su ámbito de aplicación.¹⁵³ En función del tipo de relaciones jurídicas que se establezcan y de la posición que ocupan los contratantes (si están en situación de igualdad o no) se modulan los efectos que van a producir la regulación material uniforme sobre el ejercicio de la autonomía de la

¹⁵² LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Director y Coordinador Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Editorial Civitas. Madrid. 1998. Pág. 439: “[...] una vez que las mercancías están en la esfera de control del comprador, es exigencia de la buena fe la imposición de un límite temporal para valerse de la resolución: un retraso excesivo podría ocasionar un notable perjuicio al vendedor, además de dañar las exigencias de celeridad y de certidumbre del comercio internacional.”

¹⁵³ CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Editorial COMARES, S.L. Granada, 1998. Pág. 3.

voluntad por los contratantes.¹⁵⁴ De esta forma, habrá sectores como el transporte en los que el convenio de derecho uniforme, y las disposiciones materiales en él contenidas, se imponga con carácter imperativo al no existir un equilibrio entre las partes que celebran el contrato. Por otro lado, habrá otros sectores en los que la regulación material uniforme del convenio no se impondrá necesariamente, existiendo cabida a la autonomía de la voluntad que podrá proyectarse ya sea sobre la aplicabilidad de no de la convención en particular (pudiéndose por medio de pacto excluir su aplicación) ya sea derogando singularmente algunas de las regulaciones materiales contenidas en el propio instrumento de derecho uniforme. Éste es el caso de la CISG en el que se produce –art. 6- una apuesta sin ambages por la autonomía de la voluntad, apuesta a la que a buen seguro contribuyó el hecho de estar excluidas de la CISG materias como las relativas a cuestiones de consumidores (art. 2), validez del contrato (art. 4), o responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercancías (art. 5).¹⁵⁵

Hago alusión a lo anterior porque me parece relevante destacar, a los efectos de la presente tesis, el hecho de que para la compraventa internacional hay una regulación material concreta, la CISG –siempre para lo que es su concreto ámbito de aplicación- que es derecho material, a aplicar por el juez español, ante ese tipo de contratos. Pero en dicha regulación material, el art. 6 dispone expresamente que las partes van a poder derogar singularmente cualquiera de sus disposiciones o efectos, lo que permite concluir que el remedio resolutorio regulado en la CISG no se articula como algo imperativo. Y al hacer esta afirmación no ignoro el hecho de que el art. 4 determina que la CISG no concierne a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus

¹⁵⁴ CASTELLANOS RUIZ, E., *Autonomía de la voluntad*, págs. 4-5.

¹⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L., “Comentario al Art. 6”. En *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Director y Coordinador Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas. Madrid, 1998. Pág. 93.

estipulaciones. Pero la relevancia de la cuestión está en que si la propia regulación material uniforme de la compraventa –aplicable en España– permite el pacto en contrario es precisamente porque el remedio resolutorio no se configura como algo esencial en el principal contrato generador de obligaciones recíprocas.

4.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en los PDCE.

Los PDCE se sustentan en la autonomía privada. En efecto, el art. 1:102, bajo la rúbrica *Freedom of Contract*, reconoce la libertad de las partes a suscribir un contrato y determinar su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas en los propios PDCE¹⁵⁶. El precepto en cuestión se refiere a los conceptos *good faith and fair dealing*. *Fair dealing* equivaldría a honradez en los tratos, lealtad y transparencia en los negocios. Esa apelación a la buena fe se repite en el art. 1:201 y debe entenderse proyectada no sólo al momento de la negociación y suscripción del contrato sino también al momento de su ejecución¹⁵⁷. Y es precisamente el parámetro de la buena fe y el *fair dealing* el que se constituye en los PDCE como límite al pacto de renuncia preventiva al remedio resolutorio. Efectivamente, el art. 8:109 de los PDCE, que reproduzco por su importancia tanto literal como sistemática, dispone lo siguiente:

“Article 8:109: Clause Excluding or Restricting Remedies

¹⁵⁶ El art. 1:102 establece que: *“(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles. (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.”*

¹⁵⁷ De acuerdo con el art. 1:201: *“(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”*

Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.”

Lo primero en lo que debemos reparar en relación al precepto es su encabezamiento y su ubicación sistemática. El artículo se encuentra dentro del capítulo 8 de los PDCE que lleva por título “*Non-performance and remedies in general*”. Del mismo modo, el precepto se titula “*Clause Excluding or Restricting Remedies*”, remedios que, a su vez, son fruto de desarrollo en el capítulo 9 de los PDCE donde se listan el derecho al cumplimiento en forma específica, el derecho a suspender el cumplimiento de la obligación (*exceptio non adimpleti contractus*), la terminación o resolución del contrato, la reducción del precio y los daños e intereses. En suma, que tanto la ubicación sistemática del precepto como su título y contenido no dejan lugar a dudas en relación al hecho de que estamos hablando de una norma que se refiere específicamente a la limitación o exclusión de los remedios frente al incumplimiento. La apreciación no es baladí puesto que constituye la aceptación, como punto de partida, de las cláusulas que excluyan uno de los remedios frente al incumplimiento, como es la resolución. Ciertamente es que tales cláusulas podrán ser ineficaces, según el precepto, si el invocarlas resultara contrario a la buena fe y al llamado *fair dealing*, pero no es menos cierto que no existe motivo ninguno, connatural al remedio resolutorio o a la obligación recíproca, que impida disponer del mismo con carácter preventivo.¹⁵⁸

¹⁵⁸ A estos efectos resulta relevante el último párrafo del comentario B al precepto en LANDO O., BEALE H., *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)*. Edición española a cargo de Barres Benlloch, P., Embid Irujo, J.M., Martínez Sanz, F. Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 2003, que reza de la siguiente manera: “Lo más frecuente es que las cláusulas de exclusión o limitación afecten a la responsabilidad por daños y perjuicios. No obstante, nada en el texto impide que se aplique a cláusulas que limiten o excluyan otros remedios para casos de incumplimiento (resolución, reducción de precio, etc.)”

El precepto no se prodiga en exceso en cuanto a términos de comparación ni circunstancias que hay que tener en cuenta a la hora de valorar si la invocación de la cláusula de renuncia atenta contra la buena fe, pero esa forma de actuar se comprende sin especial dificultad, por un lado, en la medida de que lo que se pretende es dar al Juzgador un amplio poder de valoración en cada caso concreto, y en segundo lugar porque, ya en los propios PDCE podemos encontrar referencias a elementos a tener en cuenta, pero siempre en un sentido indicativo y no exhaustivo. Es el caso, por ejemplo, del art. 4:110 referido a cláusulas no negociadas individualmente que, si bien se refiere a un supuesto distinto al del art. 8:109, hace mención a *“taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded”*. O el art. 5:102 que en sede de interpretación cita como circunstancias relevantes las que rodearon la conclusión del contrato, incluidos los tratos preliminares, el comportamiento de las partes, anterior y subsiguiente a la suscripción del acuerdo o la naturaleza y objeto del contrato.

En la fijación de lo que deba entenderse como mala fe en la invocación de la cláusula de exclusión del remedio frente al incumplimiento me parece especialmente relevante el tomar en consideración el concepto de razonabilidad, razonabilidad entendida como lo que esperaría o haría un tercero en la misma situación. Los PDCE dedican el art. 1:302¹⁵⁹ a definir lo que deba entenderse por razonable.

Invocar la cláusula de exclusión del remedio resolutorio resultará contrario a la buena fe cuando, atendidas las circunstancias y el objeto y finalidad del contrato,

¹⁵⁹ Dispone el precepto que *“Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.”*

resulte irrazonable que el renunciante pierda el referido remedio, irrazonable en el sentido de excesivamente oneroso de tal suerte que la renuncia lleve aparejada la *inermidad* del incumplidor o que, atendidos los costes en los que el acreedor ha de incurrir para hacer valer su derecho, éstos resulten desproporcionados. Esta conclusión no debería sorprender si recordamos que, de conformidad con el art. 9:102 PDCE precisamente el deudor puede librarse de una acción de cumplimiento en forma específica si dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables. Parece evidente que, si al acreedor de la prestación específica se le impide acudir a la pretensión de cumplimiento si ésta genera al deudor gastos excesivos, el reverso de esa circunstancia debe ser que si ha habido renuncia al remedio resolutorio y, quedando la acción de cumplimiento, ésta conlleva gastos o esfuerzos irrazonables, la renuncia a la facultad resolutoria devenga ineficaz.

El concepto de razonabilidad no es desconocido en derecho positivo comparado. Si bien es cierto que como tal no aparece en el CC, constituye un parámetro utilizado en derecho inglés, en concreto en algunas disposiciones de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977. En ellas, refiriéndose a las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad, se utiliza el parámetro de lo razonable.¹⁶⁰

La consecuencia de que se considere contrario a la buena fe la invocación de la cláusula de exclusión o limitación del remedio en caso de incumplimiento es que

¹⁶⁰ CHESHIRE G. C., NORTHEY J. F., STARKE J. G., FURMSTON, M. P. *The Law of Contract*. Butterworths Common Law Series. Reed Elsevier (UK) Ltd. London, Dublin, Edinburgh. 1999. Pág. 529 en la que, refiriéndose a la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA 1977) "*Under UCTA 1977 a clause is often rendered ineffective except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness, the basic test for which is set out in s 11(1) in relation to contract terms: In relation to a contract term, the requirement of reasonableness ... is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.*" V. también COLLINS, H. *The Law of Contract*. Butterworths. Second Edition. London, Dublin and Edimburg, 1993. Págs. 246 y ss. en relación al *Test of reasonableness*.

esa cláusula devendrá ineficaz, esto es, el agraviado recuperará los remedios del capítulo 9 PDCE.

5.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en el DCFR.

El artículo 3:502 del Capítulo 3: *Remedies for non-performance* es el precepto sobre el que pivota la resolución por incumplimiento en el DCFR. Dicho artículo condiciona la viabilidad de la resolución a que el incumplimiento sea esencial. A tal efecto dispone:

“3:502: Termination for fundamental non-performance.

(1) A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental.

(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:

(a) It substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonable be expected to have foreseen that result; or

(b) It is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on.”

Al definir lo que debe entenderse por incumplimiento esencial, el precepto recuerda al art. 25 del CISG que dispone que el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. A esa

concreción del art. 25 CISG, el DCFR añade el caso alternativo consistente en que el incumplimiento sea intencional o temerario y de razones al acreedor para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor.

De esta forma, para estar ante un incumplimiento resolutorio, el DCFR exige (i) por un lado, que el incumplimiento prive sustancialmente al acreedor de lo que podía legítimamente esperar del contrato y, a su vez, que dicha privación no se previó y no hubiera podido ser prevista por el deudor en el momento de la firma del contrato; o alternativamente, (ii) que el incumplimiento sea intencional o temerario y, además, de motivos al acreedor para creer que el deudor no cumplirá. Esa doble exigencia, en cada uno de los supuestos de definición alternativa de lo que sea un incumplimiento resolutorio, permite concluir que el DCFR construye el remedio resolutorio como una reacción reservada a los incumplimientos de gravedad, en línea con el derecho español.

Pero dicho remedio resolutorio no se constituye como una institución de derecho imperativo. Ello así se desprende del art. 3:105 DCFR al establecer en su apartado (2) lo siguiente:

“3:105: Term excluding or restricting remedies.

(1) [...]

(2) A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so.”

En efecto, no existe un artículo en el DCFR que con carácter general prohíba la renuncia al remedio resolutorio. Lo que sí hay son límites, en concreto uno general, recogido en el propio art. 3:105 (2) que es el relativo a que la alegación de la renuncia preventiva pactada fuera contraria a la buena fe y a actuación leal, y uno específico, que es el recogido en el Libro II, Capítulo 9, Sección 4 del DCFR que bajo la rúbrica imperativa *Unfair terms* recoge una serie de preceptos que establecen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes. El límite particular o específico al que hago mención se refiere al supuesto en el que uno de los contratantes es consumidor. En tales casos, ya lo hemos anunciado y será objeto de análisis más adelante, el sistema de protección aplicable al consumidor justifica que una cláusula de renuncia impuesta por un empresario no sea aceptable.

Pero, insisto, en cuanto a lo que se refiere a relaciones entre empresarios, el DCFR no impone límites adicionales al general ya comentado de la buena fe y la actuación leal. Así es, si acudimos al art. 9:405 del Libro II, Capítulo 9, Sección 4 del DCFR comprobamos este extremo:

“9:405: Meaning of “unfair” in contracts between businesses.

A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.”

Siendo así las cosas se constata, también en sede de DCFR, que el remedio resolutorio no es algo indisponible. Obviamente en su disposición habrán límites, - que es lo que en esta tesis va a defenderse-, pero la institución como tal no se configura como de derecho imperativo.

6.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en los Principios UNIDROIT 2010.

Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT, de conformidad con su preámbulo, son reglas generales para contratos comerciales internacionales cuya aplicación requiere de acuerdo expreso entre las partes, no debe olvidarse que los mismos constituyen una valiosa herramienta para la interpretación e integración de los derechos nacionales, o, cuanto menos, como elementales indicadores de aquello que se tiene por razonable y admisible en derecho contractual transnacional.

Los Principios UNIDROIT se inician con la consagración de la libertad de pactos entre las partes (v. Principio 1.1.), libertad que se proyecta tanto sobre la posibilidad o no de suscribir un contrato, como en la determinación del contenido del mismo. No es casual que los Principios se inicien de tal manera puesto que, como tendremos oportunidad de ver, el campo de la autonomía de la voluntad es extremadamente amplio en este instrumento normativo, de manera que, no es ya sólo que se permita a las partes fijar y moldear sus respectivas prestaciones, sino es que, al hacerlo, son soberanas para separarse del contenido mismo de los Principios, a excepción de aquellos que establezcan, explícita o implícitamente su carácter inderogable.¹⁶¹ Y es precisamente aquí donde se encuentra la primera cuestión relevante. La institución de la resolución por incumplimiento no se construye en los Principios, ni implícita ni explícitamente, como materia inderogable. A este respecto conviene retener que, de acuerdo con el comentario referido al art. 1.5 de los Principios, se constata que el art. 7.3.1 (*right to terminate the contract*) no se encuentra entre los llamados *mandatory*. Sí son inderogables los Principios contenidos en los arts. 7.1.6 (*Exemption clauses*) y

¹⁶¹ El art. 1.5 de los Principios dispone que: “*The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.*”

1.7 (*Good faith and fair dealing*) pero no la resolución por incumplimiento como remedio, de lo cual concluyo que los Principios UNIDROIT permiten que las partes proyecten su autonomía privada sobre el remedio resolutorio, siempre, claro está, que se respeten las exigencias de la buena fe y el *fair dealing* (art. 1.7) y los límites fijados en los Principios a las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad (art. 7.1.6).¹⁶²

De esta forma, la necesidad de respetar la buena fe y el *fair dealing* (actuación justa/leal) se configura como el primer gran límite a la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, a la posible disposición del remedio resolutorio.¹⁶³ Tales parámetros de actuación deberán observarse tanto en sede de negociación como durante la ejecución del contrato y se caracterizan por implicar un deber de ejercicio de los derechos conforme a su finalidad, sin abuso ni mera voluntad de perjudicar.¹⁶⁴

El segundo de los Principios inderogables que van a limitar la posibilidad de renunciar al remedio resolutorio es el contenido en el art. 7.1.6 según el cual, todas

¹⁶² Conviene tener presente el párrafo tercero del comentario al art. 1.5 de los Principios UNIDROIT donde se aclara que: *“Those provisions of the Principles which are mandatory are normally expressly indicated as such. This is the case with Article 1.7 on good faith and fair dealing, with the provisions of Chapter 3 on substantive validity, except in so far as they relate or apply to mistake and to initial impossibility (see Article 3.1.4), with Article 5.1.7(2) on price determination, with Article 7.4.13(2) on agreed payment for non-performance and Article 10.3(2) on limitation periods. Exceptionally, the mandatory character of a provision is only implicit and follows from the content and purpose of the provision itself (see, e.g., Articles 1.8 and 7.1.6).”*

¹⁶³ El art. 1.7 dispone: *“(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.”*

¹⁶⁴ Los comentarios a este art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en concreto el segundo de ellos, definen el deber de buena fe y *fair dealing* como contraposición al abuso de derecho señalando al efecto que: *“A typical example of behaviour contrary to the principle of good faith and fair dealing is what in some legal systems is known as <abuse of rights>. It is characterised by a party’s malicious behavior which occurs for instance when a party exercises a right merely to damage the other party or for a purpose other than the one for which it had been granted, or when the exercise of a right is disproportionate to the originally intended result.”*

aquellas cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad de una parte por no cumplimiento no pueden ser invocadas si, atendido el propósito del contrato, resulta manifiestamente injusto hacerlo.¹⁶⁵ Los Principios UNIDROIT, por tanto, atendido el hecho de que en comercio internacional es común el valerse de cláusulas de limitación y/o exclusión de responsabilidad, optan por conferir al Juzgador un amplio poder de discrecionalidad basado en el principio de si las mismas son o no justas o equitativas. En este sentido es muy elocuente el primer comentario que hacen los Principios al artículo en cuestión: *“Terms regulating the consequences of non-performance are in principle valid but the court may ignore clauses which are grossly unfair.”*

En suma, los Principios permiten que las partes proyecten su autonomía privada sobre las consecuencias del incumplimiento (entendido en sentido amplio, como *non performance*), si bien los tribunales podrán separarse de tales pactos si su aplicación conlleva una injusticia grave o manifiesta atendida la finalidad del contrato. Consecuentemente conviene retener la siguiente idea: la renuncia al remedio resolutorio sería válida de acuerdo con los Principios UNIDROIT si bien puede devenir ineficaz a decisión del juez si llevara a resultado injusto.

De hecho, la posibilidad aquí defendida relativa a que las partes pospongan el remedio resolutorio vía convencional cohabita perfectamente con la prioridad que los Principios otorgan a la pretensión de cumplimiento frente a la de terminación por incumplimiento. En efecto, si acudimos al art. 7.1.4 constatamos que se concede a la parte incumplidora el derecho a sanar su incumplimiento una vez éste se haya

¹⁶⁵ De acuerdo con el art. 7.1.6. de los Principios UNIDROIT: *“A clause which limits or excludes one party’s liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.”*

producido permitiendo incluso enervar la resolución operada de contrario, siempre que acontezcan determinadas circunstancias.¹⁶⁶ La cuestión, en suma, tiene relevancia en la medida en que determina la posposición del remedio resolutorio frente al incumplimiento en los Principios UNIDROIT. En caso de *non-performance* el acreedor de la prestación, aunque resuelva legítimamente el contrato por incumplimiento, puede ver como el negocio es rehabilitado y su terminación enervada. El párrafo 8 de los comentarios al precepto en cuestión es igualmente clarificador:

“If the aggrieved party has rightfully terminated the contract pursuant to Articles 7.3.1 (1) and 7.3.2 (1), the effects of termination are also suspended by an effective note of cure. If the non-performance is cured, the notice of termination is inoperative.”

Hay pues una opción clara por el cumplimiento frente a la resolución, de suerte que ambos remedios frente al incumplimiento no estarían en régimen de igualdad, lo que encierra igualmente la posibilidad de que las partes puedan pactar también esa posposición e incluso llevarla a su máxima expresión, esto es, la renuncia preventiva al remedio. En suma, de acuerdo con los Principios UNIDROIT el remedio resolutorio es renunciable preventivamente con el límite de que su invocación sea, a juicio del tribunal, manifiestamente injusta.

¹⁶⁶ Conviene recordar el art. 7.1.4 de los Principios en atención al cual: *“(1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure; (b) cure is appropriate in the circumstances; (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and (d) cure is effected promptly. (2) The right to cure is not precluded by notice of termination. (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party’s performance are suspended until the time for cure has expired. (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure. (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.”*

7.- La renuncia preventiva al remedio resolutorio en la PRPECCR

La PRPRCCR se inicia, en su artículo 1, con una mención a la libertad de contratación, al disponer con carácter expreso que:

“Artículo 1. Libertad de contratación.

- 1. Las partes son libres de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, sin perjuicio de las normas imperativas aplicables.*
- 2. Las partes podrán excluir la aplicación de cualesquiera de las disposiciones de la normativa común de compraventa europea, así como introducir excepciones o modificar sus efectos, salvo que en dichas disposiciones se disponga lo contrario.”*

Esa amplia forma de iniciar la regulación de la compraventa se ve inmediatamente reconducida con la necesidad de que los contratantes actúen siempre de conformidad con la buena fe. En efecto, el artículo 2 establece que:

“Artículo 2. Buena fe contractual.

- 1. Cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual.*
- 2. El incumplimiento de este deber podrá impedir a la parte incumplidora el ejercicio o la invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podrá hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte.*
- 3. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos.”*

De lo antes referido se constata que, como ocurre en otros instrumentos que hemos analizado *ut supra*, la buena fe contractual se constituye como un pilar fundamental en el derecho de contratos, sin posibilidad de que las partes deroguen dicho postulado, lo excepcionen o modifiquen sus consecuencias. El incumplimiento del deber de buena fe puede implicar que la parte beneficiada por un pacto de renuncia no pueda válidamente invocar tal convención.

A partir de ese límite general insoslayable, la cuestión está en determinar si, más allá del mismo, existe alguno particular a la disposición convencional del remedio resolutorio por las partes en caso de incumplimiento. La respuesta, nuevamente, depende de si estamos en presencia de relaciones entre un consumidor y un empresario o supuestos en que no concurre dicha circunstancia.

En efecto, si acudimos al Capítulo 11 de la PRPRCCR que recoge la regulación de los remedios del comprador en caso de que el vendedor incumpla con sus obligaciones, constatamos que el art. 106.1c confiere al comprador la posibilidad de resolver el contrato y exigir la devolución del precio pagado. Pero a su vez, el art. 108 es claro al disponer:

“Artículo 108. Naturaleza imperativa.

En los contratos entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación del presente capítulo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor antes de que la falta de conformidad sea puesta en conocimiento del comerciante por el consumidor.”

Si bien es cierto que el precepto que acabo de transcribir parece dejar algún resquicio al pacto si no es en detrimento del consumidor, es evidente que al consumidor se le confiere una protección extra o adicional dirigida a que la exclusión

no sea en perjuicio de su posición, cuestión que requerirá siempre de interpretación casuística pero que no parece de fácil prueba. Eso sí, el precepto deja fuera de la prohibición las situaciones en las que el consumidor disponga del remedio con posterioridad a la comunicación por el consumidor de la falta de conformidad al comerciante. De dicha circunstancia se desprende que el verdadero interés de la prohibición en sí estriba en que el consumidor sepa del incumplimiento y sólo cuando ha tomado conciencia de él -conciencia que se concreta en la comunicación al comerciante-, estará en condiciones de disponer del remedio, disposición por tanto que no será preventiva sino posterior.

En cuanto a las relaciones entabladas entre empresarios, no se prevé esa limitación o prohibición antes mencionada. Lo que sí será obligado es el cumplir con el artículo 2 arriba referido sobre el necesario respeto a la buena fe contractual.

8.- Recapitulación y planteamiento de la cuestión en derecho español.

8.1.- Conclusiones en torno a la disponibilidad del remedio en derecho comparado.

Del análisis del derecho comparado e instrumentos internacionales realizado en torno a la resolución puede concluirse que la institución no se configura en ellos como de derecho necesario. La resolución es permeable a la voluntad de las partes que pueden incluso llegar a renunciar de forma preventiva a la misma, si bien hay consenso con relación a que hay una serie de límites que deben respetarse. En primer lugar, es aceptado el que hay que distinguir entre relaciones establecidas entre un empresario y un consumidor de las relaciones en las que no concurre esa circunstancia. En las primeras la tendencia es prohibir la disposición o condicionar la misma a que no se haga en perjuicio del consumidor. En las segundas no hay esa

previsión. En segundo lugar, la disposición del remedio requiere de un carácter expreso, de suerte que exista certeza con relación a que el acreedor se está desprendiendo de la resolución. En tercer lugar, la invocación/aplicación de la renuncia al caso concreto no ha de ser contraria a la buena fe, en el sentido de que su oposición como excepción no ha de llevar a resultados injustos. Por último, la disposición de la resolución deja intacta la posibilidad del acreedor de hacer valer cualquier otro remedio frente al incumplimiento.

8.2.- Sobre el carácter disponible de la resolución en España.

Una de las cuestiones que ha generado mayor discusión doctrinal es la relativa al juego de la autonomía de la voluntad en la configuración de la facultad resolutoria.¹⁶⁷ Advertía antes que el hecho de que la institución, ante la parquedad del art. 1124 CC, sea en gran medida tributaria de las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia me permite sostener que lo que podríamos llamar como *resolución legal* no es la única forma de construir el remedio resolutorio, sino que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deben poder modularla a fin de acomodarla a sus intereses particulares. La doctrina mayoritariamente ha admitido el carácter dispositivo de la facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC.¹⁶⁸ Como antesala de

¹⁶⁷ De nuevo, y por todos, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución*, pág. 91.

¹⁶⁸ MANRESA NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código civil español*. Tomo VIII-1º. 5ª edición. Editorial Reus. Madrid, 1950. Pág. 352: “es necesario destacar que dentro de la potestad resolutoria hay que distinguir entre la que se produce por el ministerio de la ley, que es la que otorga el art. 1124, de aquella otra que las partes pactan y que puede alterar la primera, sobre todo en lo relativo al derecho de opción que la parte perjudicada tiene y que cabe de tal modo eliminar, reduciendo a uno de sus dos términos.” MONTÉS PENADÉS, V.L., “Artículo 1.124 CC”, págs. 1.215-1.216: “Es evidente que el poder de autonomía de las partes ha de imponerse impidiendo al Juez consideraciones en orden a la relevancia del incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, que las partes pueden definir y evaluar de antemano. Así, las obligaciones accesorias o instrumentales.” ÁLVAREZ VIGARAY, R. “Art. 1124”. En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991. Pág. 97: “El régimen de la resolución por incumplimiento puede ser modificado por las

lo que luego se dirá, comparto el criterio sobre el carácter no imperativo de la institución.¹⁶⁹ La cuestión esencial, sin embargo, estriba en verificar hasta dónde pueden llegar las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a la hora de modular la resolución. Y ese debate tiene una doble cara, puesto que la autonomía de la voluntad puede, al menos a nivel teórico, encaminarse a reducir contractualmente la facultad resolutoria limitándola solamente a determinados incumplimientos, incluso llegando a eliminarla por completo, o puede dirigirse a ampliar el campo de aplicación legal de la institución, pactando las partes que quepa resolver frente a incumplimientos no graves, o acaso de obligaciones accesorias.

Adicionalmente a lo anterior, no debemos olvidar que ese ejercicio de la autonomía de la voluntad en la configuración de la facultad resolutoria tiene, a su vez, *dos ámbitos* muy distintos a los que debe acomodarse: las relaciones contractuales en las que ambos contratantes son consumidores o ninguno de ellos tiene dicha consideración, y aquellas otras entabladas entre un empresario y un

partes, que pueden pactar su agravación, mediante el pacto comisorio expreso o lex commissoria y el término esencial, o pueden excluirlo renunciando preventivamente a la resolución por incumplimiento excepto para las hipótesis de incumplimiento causado por dolo.” CLEMENTE MEORO, M. E., La facultad, pág. 187: “En consecuencia, entiendo que el pacto de irresolubilidad del contrato es lícito; y con mayor motivo lo es el que se limita a excluir la resolución en determinados supuestos, esto es, el que precisa qué incumplimientos no se consideran con suficiente entidad como para facultar la resolución.”

¹⁶⁹ En esta línea, como legislación más reciente, interesa remarcar que el artículo 621-41 de la *Llei 3/2017, del 15 de febrer, del Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè*. Regula la resolució del contracte com a remedi front al incumpliment incluyéndolo en la subsecció quinta de la secció primera (contracte de compraventa) del capítol I. Pues bien, justo la subsecció siguiente, la sexta, termina con el artículo 621-48 que establece que *“Les accions establertes per aquesta subsecció caduquen en el termini de quatre anys des de la conclusió del contracte i no són renunciables en aquest moment.”* En mi opinió, si el legislador catalán hubiera querido que, además de las instituciones rescisorias contenidas en la subsecció sexta (*avantatge injust i lesió en més de la meitat*) también los remedios recogidos en la subsecció quinta hubieran sido indisponibles, lo hubiera dispuesto expresamente, ampliando la referencia contenida en el artículo 621-48 y refiriéndola, no sólo a la subsecció sexta, sino también a la quinta. A los efectos oportunos conviene recordar que el TC ha admitido a trámite, con efectos suspensivos, el recurso de inconstitucionalidad nº 2557-2017 contra diversos preceptos de dicha ley (entre los que se encuentran los transcritos), por providencia de 6 de junio de 2017 (BOE 14 de junio de 2017, nº 141).

consumidor. Más específicamente, este doble ámbito viene así fragmentado por las distintas fuentes y criterios que actúan en el control de legalidad del contenido de la cláusula contractual. En el primer ámbito, más *general*, ese control viene presidido sustancialmente por el art. 1255 CC, mientras que en el segundo, más *particular*, se añade a dicho control el propio derivado –singularmente– de la “cláusula abusiva”. ¿Puede variar el control de legalidad de un pacto que contenga una renuncia o exclusión anticipada de la facultad resolutoria según estemos en el ámbito general o en el particular? Efectivamente, de manera que las argumentaciones que con carácter general se hagan en relación a la institución objeto de estudio tendrán que ser matizadas cuando nos encontremos ante contratos suscritos entre empresario y consumidor sin negociación individual, puesto que en tales relaciones cualquier postulado general deberá pasar un filtro adicional, el del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.¹⁷⁰

Aclarando lo anterior distinguiré en consecuencia en los capítulos que prosiguen un ámbito de contratación *general* y un ámbito de contratación *particular*. La distinción se basará estrictamente en aquellas fuentes y criterios que integran en

¹⁷⁰ Para determinar cuándo estamos en presencia de un consumidor resulta preciso acudir a los artículos 3 y 4 del TRLGDCU. El primero de los preceptos predica la condición de consumidor a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional. Del mismo modo, también son considerados consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por otra parte, y de acuerdo con el art. 4, empresario será toda persona, física o jurídica, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial o profesional. La legislación sobre consumo sólo es de aplicación cuando la relación contractual se entabla entre un empresario y un consumidor. El fundamento de esta restricción descansa en que la protección de los consumidores pretende compensar el desequilibrio o asimetría existente entre consumidores y empresarios a la hora de contratar. V. originariamente, entre otras, STJCE 19.1.1993, asunto *Shearson Lehmann Hutton*, § 18 y STJCE 3.7.1997, asunto *Benincasa*, § 17. Consecuentemente, en aquellos casos en los que la relación contractual la protagonizan dos empresarios o dos consumidores, no se aplicará la protección derivada de la normativa de consumo.

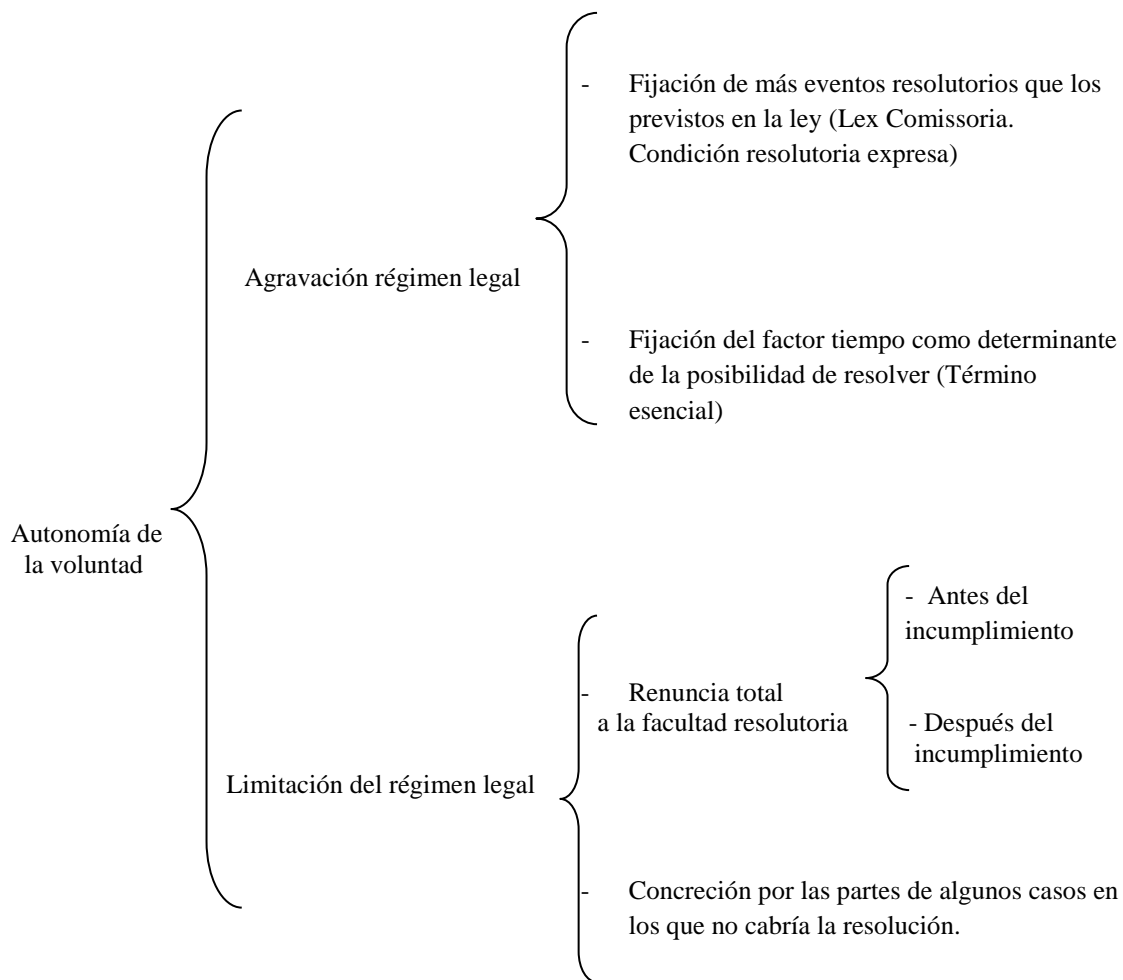
cada caso el control de contenido de un pacto de renuncia o exclusión del remedio resolutorio. En el ámbito general quedarán incluidos aquellos contratos entre consumidores o entre empresarios, exista o no predisposición contractual, mayor o menor negociación individual, mientras que en el ámbito particular se incluirán aquellos contratos entre empresarios y consumidores que contengan cláusulas no negociadas individualmente.

La discusión sobre la validez o no de cualquier convención dirigida a limitar el régimen de remedios legales previstos frente al incumplimiento puede plantearse gracias al art. 1255 CC. Ése es el pórtico de entrada al pacto. Pero, precisamente porque dicho precepto es el que permite la discusión, debe tenerse siempre presente que el mismo precisa para su aplicación de la existencia de la voluntad misma. Esto es, y aunque parezca obvio, para hablar de autonomía de la voluntad, hace falta que exista propia voluntad, libre y conscientemente formada. A ello también nos referiremos más adelante.

8.3.- Posibles manifestaciones de la autonomía de la voluntad en la facultad resolutoria.

La autonomía de la voluntad, en lo que se refiere a la configuración de la facultad resolutoria, puede manifestarse en diversas formas y en distintos momentos. Ello hace que no pueda darse un tratamiento absolutamente homogéneo a la cuestión puesto que, como a continuación veremos, los posibles supuestos de hecho no guardan la identidad necesaria entre sí. Una primera aproximación a la cuestión permite constatar que no es lo mismo una situación en la que los contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerdan renunciar, vía pacto, a la facultad resolutoria, que otra en la que se limitan a disponer que unos determinados incumplimientos podrán dar lugar a la resolución y otros no. También

es cuestión distinta si lo que pretenden las partes es ampliar el campo de aplicación del remedio resolutorio, permitiéndolo como forma de reacción ante incumplimientos no esenciales. Tampoco pueden tener una solución igual los supuestos en los que la renuncia a la facultad resolutoria se realiza con carácter preventivo en el contrato, antes de que acontezca el incumplimiento, que si se realiza con posterioridad al mismo. Ello hace necesario que haga una primera clasificación en atención a lo que podríamos llamar las posibles manifestaciones de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la facultad resolutoria. Esa clasificación podría ser, a mi entender, la siguiente:



Como ya he anticipado, el objeto de esta tesis es la renuncia preventiva al remedio resolutorio. No se tratarán por tanto las cuestiones relativas a la agravación del régimen legal por medio de pactos o situaciones que permitan al contratante valerse de la resolución a pesar de no darse todos y cada uno de los requisitos exigidos legalmente para hacerlo. No se van a desarrollar aquí, consecuentemente, instituciones como la condición resolutoria expresa, el pacto comisorio o el término esencial. Lo que va a ser objeto de estudio es precisamente si cabe renunciar al remedio y, caso de ser ello posible, cuáles son las limitaciones a una renuncia de tales características. Por lo anterior advierto que el tratamiento y conclusiones que extraiga para analizar la viabilidad o no de la renuncia a la facultad resolutoria, serán perfectamente aplicables y extrapolables a aquellos supuestos más específicos que contemplen limitaciones o restricciones parciales a dicha facultad. Es decir, construir la argumentación suficiente sobre la renuncia o exclusión total del remedio resolutorio, entiendo hace innecesario recrearse sobre hipótesis más limitadas que encontrarán su solución bebiendo de aquella argumentación más general.

CAPÍTULO III

LA RENUNCIA PREVENTIVA A LA RESOLUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA: ÁMBITO GENERAL

1.- Críticas a la renuncia previa al incumplimiento.

En este apartado se pretende recoger las principales críticas que se han proyectado sobre el pacto de renuncia preventiva al remedio resolutorio, y todo ello con el objeto de analizar las mismas y contrastar sus aportaciones. Se trata de una serie de objeciones de distinto recorrido e intensidad, pero que, en cualquier caso, conviene plantearse y examinar como imprescindible paso previo que haga posible concluir acerca de la admisibilidad o no de la renuncia preventiva a la facultad de resolución legal.

1.1.- Primera crítica: desconocimiento o imprevisión del renunciante.

La admisibilidad del pacto de renuncia preventiva al remedio resolutorio topa en primer lugar con el problema consistente en que, al ser la renuncia previa al incumplimiento, se realiza por el renunciante sin tener pleno conocimiento de causa. En efecto, en el momento en que se hace la renuncia, el renunciante desconoce qué

posible incumplimiento va a llegar a producirse en el desarrollo de la relación jurídica. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto desde hace tiempo por algunos autores que sostienen que la renuncia preventiva, precisamente por hacerse sin conocimiento del concreto supuesto de incumplimiento con respecto al que va a acabar predicándose, sería contraria al orden público y por tanto nula.¹⁷¹

Las preguntas que surgen en relación a esta cuestión son obvias: ¿cómo va a permitir el ordenamiento que se renuncie preventivamente a la resolución si el renunciante desconoce, en el momento de renunciar, el incumplimiento y sus circunstancias? ¿Acaso no es contradictorio permitir la renuncia preventiva al remedio y sostener, como hice más arriba explorando el fundamento del remedio, que la resolución tiene un carácter tuitivo? Es más, si nos centramos en el CC, alguna renuncia preventiva ha sido vista con cierto recelo por parte del legislador. Es muestra de ello la regulación del art. 151 CC, que no permite la renuncia a los alimentos futuros; la del art. 655 CC que, en su párrafo segundo, impide renunciar al derecho de reducción de donaciones durante la vida del donante; la del art. 816 CC, que determina la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos; la del art. 991 CC, que prohíbe aceptar o repudiar la herencia antes de recibir la correspondiente delación; o el régimen de la renuncia a la prescripción prevista en el art. 1935 CC -precepto que permite la renuncia a la prescripción ganada pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo-.

A mi juicio la crítica que nos ocupa debe entenderse superada, en el ámbito contractual, por el juego de los arts. 1271 y 1102 del CC, reconduciendo la misma a los límites a la renuncia preventiva que tendré ocasión de desarrollar (*infra* §3). En efecto, de la lectura del art. 1271 CC se concluye que no hay duda respecto a que las

¹⁷¹ PLANIOL, M., y RIPERT, G. *Traité pratique de droit civil français*. XI. LGDJ. París, 1932. Pág. 331.

partes pueden contratar en relación a cosas futuras, esto es, pueden disponer sobre objetos que todavía no existen. La única excepción que se realiza es la referida a la herencia futura, de forma que el resto de cosas pueden ser objeto del contrato salvo que otros pasajes específicos del CC las excluyan de forma expresa. Siendo así las cosas, el principio general es y ha de ser la libre renunciabilidad de los derechos futuros, siendo su prohibición una excepción, excepción que no existe con respecto a la resolución en nuestro CC. Es decir, creo que la regla general descansa sobre la libertad de la renuncia anticipada como manifestación de un negocio sobre cosa futura, pero que convive con una serie de excepciones que, por serlo, deben plasmarse positivamente, excepciones que prohíben aquella renuncia anticipada en atención al fundamento y naturaleza concreta que para cada derecho o facultad el legislador intenta proteger. Es, pues, este fundamento y naturaleza, que no el conjunto de manifestaciones casuísticas, lo que debe prevalecer a la hora de analizar si la renuncia anticipada merece o no quedar permitida.¹⁷²

Por otro lado, si analizamos el art. 1102 CC constatamos que se prohíbe todo pacto que excluya la responsabilidad derivada del dolo. Según el art. 1102 CC, sólo la renuncia a la acción de responsabilidad procedente del dolo es nula por lo que, *a sensu contrario*, no parece haber inconveniente a que las partes, vía pacto, modulen o limiten en el contrato la responsabilidad o el remedio resolutorio frente al incumplimiento procedente de culpa o negligencia.

La justificación acerca de la admisibilidad de la renuncia a la acción de responsabilidad procedente de culpa estribaría en que el ordenamiento sólo

¹⁷² No puede negarse la existencia de autores que mantienen la tesis contraria: deducen de todas estas normas (que he calificado de excepciones) el principio general de no poder renunciar a un derecho o facultad futura sin tener pleno conocimiento de causa. Así, en relación a la renuncia anticipada a la facultad que confiere el art. 1707 CC, QUESADA GONZÁLEZ, M^a. C. *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1991. Págs. 198-199.

considera como incompatible al concepto de vínculo obligacional la impunidad del dolo¹⁷³. Esta conclusión se vería refrendada por el art. 1104 CC en tanto que dispone que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia, lo que implica que las partes pueden pactar un régimen de diligencia distinto, siempre con el límite del dolo.

Pues bien, si, como hemos visto, la responsabilidad que deriva de culpa puede suprimirse o limitarse vía pacto, no debería haber dificultad en admitir la eliminación del remedio resolutorio precedido de incumplimiento no doloso, especialmente si tenemos en cuenta que la renuncia al remedio resolutorio –tal y como la entiendo– no determina una exclusión o limitación de responsabilidad por el incumplimiento, cuestión ésta que creo de mayor transcendencia. Es cierto que implica, en las obligaciones recíprocas, que el contratante no incumplidor tenga vedado un remedio frente al incumplimiento, sin embargo no debemos olvidar que el acreedor mantiene intacta la posibilidad de instar el cumplimiento de la obligación recíproca incumplida, sea a través de la exigencia del cumplimiento efectivo propiamente dicho, sea ya por el equivalente pecuniario, y pedir, además, la indemnización de daños y perjuicios. Por otro lado, la renuncia a la facultad resolutoria tampoco debería afectar al ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* por lo que el contratante, frente a un incumplimiento, podría negarse a cumplir con la prestación recíproca que le es

¹⁷³ BADOSA COLL, F. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1987. Pág. 719, donde el autor subraya: “El art. 1102 se inscribe, pues, en la misma órbita de otros artículos, como el 1115 y el 1256. Sólo puede hablarse de deuda si hay una persona vinculada al cumplimiento y sólo puede hablarse de vinculación jurídica si la actividad de que se trata no se halla a su arbitrio o discreción. Que el dolo en el incumplimiento no puede quedar impune significa que no se permite al deudor una voluntad frontalmente dirigida a violar la necesidad jurídica que pesa sobre la prestación. En otras palabras, que no puede serle jurídicamente indiferente el no querer cumplir. En el enfrentamiento entre su voluntad particular y el deber objetivo, debe prevalecer éste. El dolo en el cumplimiento es, por tanto, la voluntad de infringir la obligación, la posición del sujeto conscientemente rebelde y opuesta al vínculo jurídico que sobre él pesa.”

propia hasta tanto no cumpliera la contraparte. Adicionalmente, cuando hablo de renuncia a la facultad resolutoria, no sostengo, como veremos, su validez sin límite.

1.2.- Segunda crítica: el pacto convierte en independientes dos compromisos recíprocos. La renuncia afecta a la causa del contrato.

Se ha mantenido también, como argumento para negar la validez del pacto preventivo de irresolubilidad del contrato el hecho de que su admisión tendría como efecto el convertir en independientes las dos promesas recíprocas que constituyen la esencia de la obligación sinalagmática. Y, siguiendo con dicho razonamiento, la renuncia preventiva a la facultad resolutoria alteraría la causa de los contratos sinalagmáticos tal y como se recoge en el art. 1274 CC, puesto que en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Podría incluso decirse que ello atentaría contra el sinalagma funcional, al desligar las dos prestaciones inicialmente correspectivas.¹⁷⁴

Creo que la crítica no es acertada. Una obligación recíproca no deja de serlo por suprimir las partes la facultad resolutoria. Como sostuve más arriba, aunque se renuncie al remedio las obligaciones siguen siendo recíprocas lo que se constata en el hecho de que el requerido de cumplimiento podrá pedir el cumplimiento o seguir oponiendo la excepción de incumplimiento contractual. Aunque se suprima la facultad resolutoria, aún se podrá considerar que la prestación a la que se obliga cada parte tiene su causa en el deber de prestación de la contraria, de ahí la posibilidad de ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*. De hecho, pactando la simultaneidad en el cumplimiento se evita tener que hacer uso de la resolución. En suma, la

¹⁷⁴ SICCHIERO, G., “La risoluzione”, págs. 396 y ss.

reciprocidad no significa únicamente posibilidad de resolver.¹⁷⁵ Ítem más, entiendo que, precisamente mediante el pacto de renuncia preventiva a la facultad resolutoria lo que hacen los contratantes es reforzar la idea de querer las respectivas prestaciones, en la forma y extensión acordadas, causalizando así, de forma más evidente, sus respectivas obligaciones, en el concreto deber de prestación asumido por la contraria.

De esta forma, en mi opinión, quienes ven en la causa una limitación al pacto de renuncia preventiva a la facultad resolutoria confunden el concepto de causa con el de los remedios frente al incumplimiento. Una cosa es la causa y otra distinta el remedio. Éste no hace que aquella exista. Para argumentar mi posición conviene tener presentes dos cuestiones. En primer lugar, la causa existe en el momento del nacimiento del contrato, antes del incumplimiento mismo, por lo que difícilmente puede decirse que la renuncia al remedio afecta a la causa. De hecho se puede pedir el cumplimiento porque el contrato tiene causa. El contrato nació con causa válida por lo que la renuncia al remedio ni quita ni pone nada en relación a este particular. En segundo lugar porque el incumplimiento tiene como efecto el que la parte agraviada pueda valerse de un abanico de remedios, algunos de ellos incompatibles entre sí, como la acción de cumplimiento o la resolución, y de la misma forma que el perjudicado, producido el incumplimiento, ha de optar por uno de ellos, también debe poder hacerlo con carácter preventivo, renunciando a la resolución, precisamente por ser su intención mantener el vínculo vigente a toda costa, siempre con los límites que más adelante estudiaré.

Superada la crítica que acabo de enunciar se presenta una cuestión adicional, y es que, aún en el supuesto de admitirse el pacto de renuncia preventiva, ¿debe ser

¹⁷⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad*, pág. 186.

éste aplicable a los dos contratantes o puede pactarse a favor de sólo uno de ellos? Entiendo que la argumentación expuesta más arriba sirve igualmente para resolver la segunda cuestión relativa a las dudas con relación a la validez del pacto de renuncia o exclusión preventiva a la facultad resolutoria que afecta a una sola de las partes. La reciprocidad no depende exclusivamente de facultad resolutoria. Por otro lado, si el art. 1102 CC permite la limitación de responsabilidad con el límite del dolo, por lo que se admite que dicha limitación sea pactada a favor de sólo una de las partes, no debería haber impedimento a trasladar ese esquema a la renuncia a la facultad resolutoria, especialmente si tenemos en cuenta que una cláusula de limitación de responsabilidad tiene efectos más importantes que la renuncia a la facultad resolutoria puesto que en esta última, el acreedor de la prestación no ve limitado su derecho al cumplimiento y/o al resarcimiento.

Siguiendo con esta cuestión, no debemos olvidar tampoco que, en ocasiones, el precio que pactan las partes por una determinada cosa o servicio se fija en atención a los efectos que pueda tener el incumplimiento por el deudor. La reducción de la esfera de responsabilidad del deudor le permite una mejor gestión de su actividad, una mayor precisión de cuales vayan a ser sus riesgos y, por ende, un cálculo más adecuado de sus beneficios.¹⁷⁶ Por su parte, el acreedor, al consentir la disminución de la protección que le permite la ley, quizá se asegura la obtención de la prestación del deudor que, en otras condiciones, no aceptaría.¹⁷⁷

¹⁷⁶ JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*. 1ª Edición. Ed. Civitas. Madrid, 1987. Págs. 321-322.

¹⁷⁷ GARCÍA AMIGO, M. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Ed. Tecnos. Madrid, 1965. Págs. 33 y ss.

1.3.- Tercera crítica: la renuncia, unida a una situación de insolvencia, puede implicar irresponsabilidad del deudor.

Una de las críticas que se vierte de forma recurrente al pacto preventivo de irresolubilidad del contrato estriba en que si negamos al contratante cumplidor la posibilidad de resolver frente al incumplimiento estamos permitiendo que el deudor se enriquezca si incumple su prestación y resulta insolvente. Dicho de otro modo, la cláusula de irresolubilidad puede constituir verdadero pacto de irresponsabilidad si el incumplidor es insolvente, ya que el contratante cumplidor no puede resolver el vínculo por mor de la renuncia efectuada convencionalmente ni tampoco obtener el pleno cumplimiento *in natura* ni por equivalente pecuniario, precisamente por la insolvencia.

Antes de entrar en materia, conviene hacer una precisión inicial. La crítica que ahora trato se configura sobre el binomio incumplimiento e insolvencia. Esto es, la crítica no puede basarse sólo en el hecho de que un incumplimiento con renuncia a la facultad resolutoria equivale a irresponsabilidad del deudor puesto que debe ponerse de manifiesto que la renuncia a la facultad resolutoria no implica renuncia a los demás remedios existentes en el ordenamiento como la acción de cumplimiento, la de rebaja del precio, o el derecho al resarcimiento, en la medida en la que éstos no derivan de la institución de la resolución sino del incumplimiento mismo.

Una vez planteada correctamente la crítica en el sentido del binomio antes expuesto, considero que la misma aporta elementos relevantes a lo que acabe por ser el conjunto de requisitos de validez/eficacia de un pacto de renuncia a la resolución. Y ello es así porque plantea el debate acerca del posible efecto de irresponsabilidad en el deudor a raíz de la renuncia a la facultad resolutoria por el acreedor. Estoy pensando en aquellos casos en los que el pacto de renuncia a la

facultad resolutoria aparece unido a una situación de insolvencia del deudor que conlleva, a la postre, el efecto de irresponsabilidad en el deudor, contrario a lo previsto en el art. 1911 CC. Debe recordarse que, en atención a éste último precepto, deben reputarse nulos todos aquellos pactos que impliquen la falta total de responsabilidad del deudor por contraria a los arts. 1255 y 1256 CC.¹⁷⁸

La crítica que trato ha sido referida por parte de nuestra doctrina, tratándola de superar sobre la idea de que si bien es cierto que si una parte cumple con su prestación, habiendo renunciado a la resolución, y la otra no cumple y deviene insolvente es posible que el acreedor no pueda recuperar la prestación ni obtener el cumplimiento por equivalente, no es menos cierto que esa misma situación puede producirse aunque no haya renuncia preventiva a la resolución puesto que el objeto sobre el que recae la prestación puede haber pasado a manos de terceros de buena fe, haciéndolo irreivindicable, y no pudiendo tampoco recibir compensación ninguna el acreedor precisamente por la situación de insolvencia del deudor.¹⁷⁹ Pero, si bien lo anterior es correcto, me parece que no acaba de enervar la fundamentación de la crítica misma. La renuncia a la facultad resolutoria no puede tener como efecto una irresponsabilidad del deudor, so pena de convertir el contrato en una suerte de negocio generador de un enriquecimiento sin causa. El mero planteamiento de la cuestión aberrante y deberá ser reconducido –como veremos más adelante– a la necesidad de que todo pacto de renuncia al remedio resolutorio vaya ligado a que la acción de cumplimiento sea efectivamente posible, ya sea en forma específica, o por equivalente pecuniario, o, cuanto menos, que la renuncia concorra con una serie de

¹⁷⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. “Art. 1911”. En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Pág. 2055.

¹⁷⁹ CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad*, pág. 187.

remedios indemnizatorios que permitan el resarcimiento efectivo. En suma, que la renuncia devendrá ineficaz si genera indefensión sobrevenida al acreedor.

1.4.- Cuarta crítica: el pretendido carácter sancionador de la resolución impediría la renuncia al remedio.

Si el fundamento de la resolución estribara en que constituye una sanción frente al incumplimiento de una de las partes, la cláusula que contuviera una renuncia a la facultad resolutoria debería reputarse nula, puesto que el pacto permitiría que, por medio de la voluntad de las partes, un comportamiento que se tipifica como ilícito –el incumplimiento- quedara sin la sanción prevista por el ordenamiento.¹⁸⁰

No obstante, como se ha dicho más arriba, el fundamento de la resolución no se encuentra en la idea de sanción.¹⁸¹ La resolución constituye un remedio frente al incumplimiento, un remedio que se configura como facultad del acreedor, y como tal, puede ejercitarse o no por el no incumplidor. De la misma manera, el contratante puede disponer sobre el remedio con carácter previo al incumplimiento, acomodando a sus intereses particulares los efectos que el ordenamiento prevé para las obligaciones recíprocas, dentro de los límites que recogeré sistemáticamente en el *infra* §3. No hay en los remedios frente al incumplimiento ni en el derecho civil finalidad sancionadora alguna. El resarcimiento tampoco implica nunca sancionar, sino reparar.

¹⁸⁰ El principal defensor de la teoría de la sanción, al vincular resolución con culpabilidad, ha sido AULETTA, G. G., *La risoluzione*, págs. 164 y ss.

¹⁸¹ En igual sentido GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Librería Bosch. Barcelona. 1987. Págs. 194 y ss. Y, DELL'AQUILA, E. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 1981. Págs. 155 y ss.

2.- Admisibilidad de la renuncia al remedio resolutorio.

2.1. Argumentos en cuanto al fundamento y finalidad del remedio.

En mi opinión, existen válidas razones para postergar o derogar el remedio resolutorio por medio de pacto entre las partes. En efecto, habrá supuestos en los que por la naturaleza de la prestación, los costes de la resolución sean mucho más elevados que los del cumplimiento mismo. O supuestos en los que la liquidación de un determinado estado posesorio producido en ejecución del contrato bilateral, y su retorno al estado inicial como consecuencia de la resolución, será especialmente dificultoso para alguna o para ambas partes. Incluso ese retorno de las prestaciones al que estoy haciendo referencia puede no satisfacer al acreedor, que ha visto como el deudor ha usado durante cierto tiempo del bien y fruto de dicho uso, acaso sus circunstancias no sean las esperadas¹⁸². Pueden haber otros motivos perfectamente entendibles y dignos de reconocimiento como los supuestos de venta de negocios o empresas en funcionamiento en los que el vendedor transmita con la legítima pretensión de que la venta no sea susceptible de resolución, al no tener sucesores que quieran continuar con la actividad, y diseñando en contrapartida un sistema de indemnizaciones en caso de incumplimiento, que sustituya la resolución misma salvo

¹⁸² A estos efectos resulta de interés el comentario A del art. 9:301 de los PDCE, LANDO O., BEALE H. *Principios de Derecho Contractual Europeo*, en el que puede leerse: “Por otro lado, para la parte que incumple, la resolución del contrato suele suponer unas desventajas o inconvenientes importantes. En el curso del contrato puede haber incurrido en gastos que ahora simplemente suponen dinero perdido. Aún más, puede perder todo lo que suponía su prestación cuando no sea posible transmitirla ni colocarla en ningún otro mercado. Por otro lado, otros remedios, como la indemnización por daños y perjuicios o la reducción del precio, suelen proteger a menudo los intereses de la parte perjudicada de manera suficiente sin necesidad de recurrir a la resolución.”

casos de incumplimiento doloso, o incluso aplazando el pago del precio en el tiempo hasta que se verifique que no existe incumplimiento grave o riesgo del mismo.¹⁸³

Así las cosas, no podemos obviar que las partes podrán haber previsto tales cuestiones a la hora de moldear los remedios frente al incumplimiento. Es más, un contratante diligente, a la hora de negociar el contrato que regirá su relación, se plantea interrogantes tales como, ¿qué sucede si la otra parte incumple?, ¿qué podrá convenirme más en tal eventualidad? El ordenamiento no sólo no puede prohibir que las partes estructuren sus relaciones en la forma que mejor satisfagan sus intereses y previsiones sino que ha de fomentar esa posibilidad. Ese es el sentido del art. 1255 CC y ese es, precisamente, el sentido de que no exista en nuestro ordenamiento norma que prohíba la disposición del remedio resolutorio.

Con relación a la validez de la renuncia preventiva al remedio, soy de la opinión que la misma, no es ya sólo que no está prohibida en el ordenamiento, especialmente en el art. 1124 CC, sino es que, además se encuentra permitida en atención al contenido de los art. 1271.1 CC y el art. 86.5 TRLGDCU.

En efecto, el art. 1271.1 CC permite que sean objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio, incluso las futuras. Esa es pues la norma general. Y las excepciones, que existen, se limitan a los artículos 151, 655, 816, 991 y 1935 CC –ya examinados- que nada tienen que ver con la resolución.

Por otro lado, el art. 86.5 TRLGDCU cataloga como cláusula negra en los contratos de consumo aquella que consiste en la limitación o exclusión de la facultad

¹⁸³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 1103. En nota 2 el autor reconoce que la renuncia al remedio resolutorio es común en contratos de ejecución compleja en los que la reversión al estado anterior es muy difícil, poniendo como ejemplo las adquisiciones de empresas.

del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario. Esto me parece relevante porque el TRLGDCU sólo ataca la cláusula en sede de consumo, y no existe en el ordenamiento español otra norma que prohíbe la renuncia fuera de ese ámbito. Pero es más, resulta que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva lo hace acudiendo a la institución de la *abusividad*, lo que implica que esa prohibición no será aplicable incluso dentro del ámbito del consumo si la renuncia ha sido negociada individualmente entre empresario y consumidor. De todo ello se concluyen dos cosas. La primera es que cuando el ordenamiento quiere prohibir la renuncia preventiva lo ha hecho de forma expresa y sólo en sede de consumo –v. art. 86.5 TRLGDCU-. Fuera de esa prohibición rige el principio general instaurado por el art. 1.271.1 CC. Y la segunda es que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva, no lo hace de forma absoluta, sino que lo hace por medio del control de *abusividad*, conllevando ello la enervación de la prohibición si hay negociación individualizada entre empresario y consumidor, de suerte que la prohibición no es absoluta.

Y, si lo anterior no fuera suficiente, que a mi juicio lo es, acontece que el legislador en materia de consumo no siempre catalogó como cláusula abusiva -negra y sin ambages-, la renuncia a la resolución. En efecto, hubo un tiempo en el que el legislador sólo la catalogaba como abusiva si la renuncia a la resolución se realizaba “de forma inadecuada”. Se trataba de la D.A. 1ª de la LGCU apartado 12. Si la ley de consumidores utilizaba el “de forma inadecuada” como presupuesto para catalogar como abusiva la renuncia a la resolución, era porque aceptaba que existía una renuncia a la resolución que podía hacerse “de forma adecuada” y por ende no perseguible ni tan siquiera desde la óptica del derecho de consumidores.

Por otra parte, creo importante recordar que la resolución es un remedio, ni más ni menos, de forma que su renuncia preventiva no implica renuncia a otros

remedios diferentes que protejan al acreedor en caso de incumplimiento, como la *exceptio non adimpleti contractus*, la acción de cumplimiento específico o por equivalente, la pretensión de reducción de precio o la indemnización de los daños y perjuicios. Y esto lo digo porque los arts. 1102 y 1104 CC permiten que las partes pacten limitaciones de responsabilidad en caso de incumplimiento, con el límite del dolo. Siendo así las cosas, si las partes pueden excluir o limitar la responsabilidad culposa, también han de poder renunciar anticipadamente al remedio resolutorio porque, según las circunstancias, puede ser mucho menos oneroso renunciar a la resolución, manteniendo todos los demás remedios frente al incumplimiento –acción de cumplimiento, reducción del precio, *exceptio non adimpleti*- que excluir o limitar la responsabilidad por culpa.

Algún ejemplo clarificará cuanto estoy diciendo. Imaginemos un contrato de suministro de energía entre una empresa suministradora y una empresa siderúrgica que produce acero en un horno eléctrico, necesitando por tanto un suministro de energía constante y en potencia importante. En tal contrato nadie duda que será lícito establecer una cláusula por la que la compañía suministradora disponga que en caso de corte en el suministro eléctrico dicha compañía no responderá más que por una determinada cantidad de dinero porque si hay un parón en el suministro los daños, la pérdida de producción puede ser enorme. Pues bien, ¿no es esa circunstancia –la cláusula de limitación de responsabilidad- mucho más gravosa que un pacto de no resolución? Me parece que sí. Pensemos ahora en la industria de automoción donde el modelo productivo *just in time* es fundamental. Imaginemos un contrato de suministro entre un fabricante de coches como RENAULT y un proveedor de componentes como palancas de cambio de marchas. Imaginemos que en el contrato de suministro se establece que en caso de incumplimiento el daño indemnizable no será superior a cierto importe. Si el proveedor incumple, los daños pueden ser enormes dado que la situación puede obligar a parar la línea de

producción de RENAULT. El ejemplo sirve igual con un contrato de servicios informáticos por el que el prestador de servicios, pongamos IBM o HEWLETT PACKARD, presta el servicio de mantenimiento de servidores de una empresa industrial. Es habitual en estos contratos que el suministrador introduzca un pacto por el que en caso de que si no realiza bien el mantenimiento y por ello la empresa no puede valerse de sus servidores, el prestador no será responsable más allá de cierta suma. Nuevamente, esas cláusulas de limitación de responsabilidad pueden ser mucho más gravosas para el acreedor que una renuncia al remedio resolutorio, y aun así no hay duda de su validez.

Sigamos con nuestros argumentos y vayamos ahora al art. 1124 CC. Cuando el art. 1124 regula el incumplimiento de la obligación recíproca permite al acreedor pedir el cumplimiento o la resolución. Esa configuración refiere al concepto de opción y la idea de opción contiene dos proyecciones relevantes. La primera es que el acreedor no está obligado a resolver. De hecho, habrá casos en los que la resolución no le interese o le resulte muy gravosa. La segunda proyección es que el acreedor puede elegir. Y si el ordenamiento le da la posibilidad de elegir, el acreedor debe poder renunciar al remedio, porque, como decíamos, no hay prohibición a disponer de la resolución en el CC, siempre dentro de los límites a los que haré alusión más adelante.

Por otra parte, también me parece relevante reflexionar sobre el hecho de que el legislador, consciente de la importancia que tienen las circunstancias de cada caso, no ha creado un único remedio resolutorio con presupuestos y efectos uniformes y predeterminados, sino que ha creado múltiples resoluciones, con afán de adecuar el remedio a la multiplicidad propia de la realidad, que es siempre poliédrica. Y mi opinión es que si el legislador regula diferentes resoluciones, sabedor de la imposibilidad de encasillar el remedio en unas vías estrechas y predeterminadas,

también ha de poder el contratante hacer lo propio, acomodando el abanico de defensas ante el incumplimiento a sus propios intereses.

Veamos alguna muestra de esa adecuación que hace el legislador de la resolución según las circunstancias. Detengámonos por un momento en el art. 1505 CC (o en el art. 332 CCom). Dicho precepto determina que, respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste hubiese pactado mayor dilación. El precepto, huyendo del requisito de gravedad en el incumplimiento y de frustración del fin perseguido por las partes con el contrato, permite al vendedor resolver si no se presenta el comprador a recibir la cosa. Y ello, como digo, a pesar de que un retraso en la recepción no suponga necesariamente un incumplimiento resolutorio ex art. 1124 CC. ¿Por qué entonces el legislador permite resolver si el incumplimiento descrito no es resolutorio? Pues precisamente por las circunstancias que pueden envolver una venta de bienes muebles. No estaría justificado obligar al vendedor a mantener un contrato de compraventa de bienes muebles -si el comprador no se presenta de forma inmediata- cuando quizá ese mismo vendedor pueda hacer, con carácter inmediato, una venta de sustitución sin mayores dificultades en el mercado.¹⁸⁴ ¿Qué sentido tendría mantener el rigor de la resolución si el vendedor podría recomponer la situación vendiendo el bien a un tercero en la medida en que ese bien es de los que tienen fácil salida en el mercado? Pues quizá ninguno. Por eso precisamente el legislador permite al vendedor resolver en ese

¹⁸⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 1113, menciona a este respecto las ventas de *commodities* y dispone precisamente que “[...] en mercados de *commodities* no tiene mucho sentido obligar a la parte cumplidora a atenerse al contrato cumplido, cuando puede realizar una venta de reemplazo y el comprador incumplidor puede perfectamente adquirir un bien equivalente al que el vendedor rehúsa entregar. Además, y esto es fundamental, el vendedor del art. 1505 CC es un vendedor que todavía no ha entregado, por lo que los costes de la resolución serán escasos.”

supuesto, porque es consciente de que los gastos de la resolución en ese caso son muy pequeños y que el interés de las partes se solventa mejor aligerando sobremanera los rigurosos presupuestos de la resolución. Llegados a este punto, si el legislador moldea de tal forma la resolución que la permite sin que concurran propiamente los presupuestos del art. 1124 CC, ¿por qué las partes no van a poder adecuar el sistema de remedios a las circunstancias que puedan concurrir en su relación y pactar la renuncia?

Más ejemplos. Centrémonos en las relaciones de consumo, en concreto en las ventas de bienes muebles. El art. 121 TRLGDCU degrada la resolución al caso en que no sea posible exigir la reparación o sustitución del bien o cuando éstas no se hubiesen llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. De esta forma, la norma general a efectos de resolución (art. 1124 CC), se ve adaptada por el legislador en las relaciones de consumo por medio del art. 121 TRLGDCU. Si el legislador hace esa concreción del precepto general -1124 CC- creando uno especial -121 TRLGDCU- para regular un caso específico, es porque la resolución no es algo invariable, algo que no permita modulaciones.

Vayamos más allá. Incluso en los supuestos en los que el incumplimiento es esencial y frustra las legítimas expectativas de la parte cumplidora, ¿será razonable una pretensión resolutoria si los gastos inherentes a la resolución son superiores a los del cumplimiento -posible- mismo? Me parece que no. O, cuanto menos, parece más razonable admitir que en esos casos será necesario un análisis adicional de la pretensión resolutoria al efecto de que se constate si detrás de ella hay o no intereses oportunistas. Repito, si los costes de la resolución son superiores a los del cumplimiento mismo -siempre que éste sea posible-, no debería prosperar la pretensión finalizadora del vínculo. Y si no debería prosperar en los casos en los que

no hay renuncia a la facultad resolutoria, ¿por qué no van a poder anticiparse las partes y pactar esa renuncia en el contrato en previsión de tal circunstancia?¹⁸⁵

También es recurrente la jurisprudencia que impide la pretensión resolutoria cuando, a pesar de que existe incumplimiento porque no se atienden varios aplazamientos, el importe total pendiente de pago es poco importante en relación a

¹⁸⁵ Si bien no refiriéndose a gastos excesivos en la resolución sino a que éstos concurren en la pretensión de cumplimiento, la STS de 2 de julio de 1998 [RJ 1998, 5123] entendió que una ejecución forzosa aunque no imposible pero sí extremadamente costosa y compleja, debía ser sustituida por una indemnización equitativa. Efectivamente, la sentencia mencionada dispone, en su fundamento de derecho 1º: *“Ya centrandó la cuestión en el presente caso, es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado, sino que, además, sus consecuencias y funcionamiento posteriores del canal, a realizarse, para suministrar el agua precisa a un recinto de enorme interés social como es un Mercado Municipal de ganados, significaría un gravamen desproporcionado. [...] En resumen, que el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar.”*

La STS antes referida recoge la doctrina del TC, en especial la recogida en la STC de 17 de octubre de 1991 [RTC 1991, 194] que, citando también otras resoluciones del mismo órgano, dispone *“Este Tribunal ha sostenido en casos anteriores la siguiente doctrina: Que la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 de la Constitución comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales; que, no obstante ese principio general, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la Constitución -STC 58/1983 (RTC 1983\58), fundamento jurídico 3.º; razonamiento que se reitera en STC 69/1983 (RTC 1983\69), fundamento jurídico 3.º-; que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido -STC 125/1987 (RTC 1987\125), fundamento jurídico 2.º, reiterada en STC 167/1987 (RTC 1987\167), fundamento jurídico 4.º-, y, en definitiva, que tan constitucional es una ejecución de Sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (AATC 528/1986 fundamento jurídico 2.º, y 700/1986, fundamento jurídico 2.º).”*

A estos efectos, v. igualmente BECH SERRAT, J. M. *“Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias.” InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2010. www.indret.com Barcelona, 2010. Pág. 32.*

lo que ya se lleva pagado.¹⁸⁶ Y ello permite razonablemente sostener que las partes pueden eliminar la resolución por incumplimiento a partir de que queden pendientes sólo determinados aplazamientos, por ejemplo.

2.2. Un punto de partida: la STS de 2 de julio de 1992.

En el ámbito de la jurisprudencia no parece muy controvertida la defensa de la posibilidad de renunciar preventivamente a la facultad resolutoria. Merece destacar en esta línea el apoyo prestado por la STS de 2 de julio de 1992¹⁸⁷.

El supuesto de hecho objeto de la resolución mencionada del TS puede resumirse como sigue. Dos cónyuges otorgaron escritura pública por la que cada uno de ellos cedía y transmitía la nuda propiedad de una finca de su titularidad a una tercera persona con reserva del usufructo vitalicio, y con la contraprestación asumida por la cesionaria de cuidar, asistir, atender y prestar alimentos en la extensión determinada en el 142 CC a los cónyuges. El referido contrato no constituía renta vitalicia, contrato en el que, recordemos, el 1805 CC elimina la facultad resolutoria. Se trataba del denominado “vitalicio”, contrato innominado y atípico, reconocido por la STS de 28 de mayo de 1965 [RJ 1965, 3172] como figura autónoma de la renta

¹⁸⁶ Entre otras la STS de 10 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8844] en cuyo fundamento de derecho 3º puede leerse: *“En cambio, no pueden ser estimadas la resolución de los dos contratos de compraventa de dos plazas de aparcamiento porque la cantidad debida en el momento resolutorio no se estima de entidad suficiente para provocar tan grave efecto jurídico comparándolas con el precio pactado de los mismos.”* O la STS de 14 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1268] en cuyo fundamento de derecho 2º se dispone que: *“[...] tampoco puede entenderse en línea de razonabilidad, que dicho incumplimiento de cuatro cambiales por ese escaso monto mensual de 10.057 ptas., frustrase el fin del negocio y que por ende impidiese la obtención del objetivo económico perseguido por la parte vendedora al contratar, ya que, por su reducida cuantía, no puede entenderse como impeditiva de ese fin, cuando con cualquier posterior intento de satisfacción del débito, se podía haber conseguido la finalidad de percepción del precio perseguida por los vendedores al contratar [...]”.*

¹⁸⁷ STS de 2 de julio de 1992 [RJ 1992, 6502], ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes.

vitalicia. El contrato de autos contenía una cláusula, la quinta, en virtud de la cual se establecía que:

“[...] todas las obligaciones establecidas en las cláusulas anteriores tendrán el carácter de condición a todos los efectos legales, de modo que el incumplimiento total o parcial de tales obligaciones por parte de la cesionaria, o en su caso, por lo herederos, dará lugar a la resolución de la presente cesión. Los cedentes, aparte los medios de prueba admisibles según las leyes, podrán acreditar dicho incumplimiento mediante acta de notoriedad. La escritura de resolución otorgada por cualquiera de los cedentes, acompañada del acta de notoriedad, será notificada a la cesionaria o en su caso a sus herederos, y será título suficiente para que se inscriban las fincas cedidas en el Registro de la propiedad, a favor de los cedentes. Resuelto el contrato, la cesionaria no podrá reclamar cantidad alguna por los servicios o alimentos prestados.”

Dos años y medio más tarde de suscribir ante notario el vitalicio, las mismas partes comparecieron nuevamente ante fedatario otorgando escritura por la que los cónyuges cedentes manifestaban que sus derechos se encontraban suficientemente garantizados por la reserva de los usufructos vitalicios y las obligaciones contraídas por la cesionaria por lo que renunciaban a cuantos derechos se contenían en la antes transcrita cláusula quinta, dejando sin efecto así la referida cláusula y vigente el contrato en todo lo demás.

Años después de esa segunda escritura, y fallecido uno de los cónyuges, el otro presentó demanda de resolución contra la cesionaria por incumplimiento de sus

obligaciones. El caso tiene interés porque una de las cuestiones que se discutía consistía en determinar la validez de la cláusula de renuncia a la facultad resolutoria efectuada por medio de la segunda de las escrituras públicas referidas. Reproduzco a continuación el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que resuelve el particular:

“El motivo cuarto considera infringidos los arts. 1255 y 1256 del CC, al entender que la Audiencia niega valor a la renuncia de la cláusula quinta, efectuada en 23-1-1980, pacto realizado ante Notario y que no es contrario a las leyes, ni a la moral, ni al orden público, dejándose la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, el demandante, con perjuicio para la recurrente quien, después de prestar sus servicios durante años e intentar seguir prestándolos, ve anulada la contraprestación a ellos correspondiente.

Tampoco puede estimarse este motivo, porque, como razona la Audiencia, la cláusula quinta de la escritura de 28-9-1977 recogía no sólo la facultad resolutoria por incumplimiento, sino también la posibilidad de acreditar éste mediante acta de notoriedad y al contener la de 23-1-1980 una renuncia de los señores V.C. y P.C. a <cuantos derechos se contienen en la cláusula quinta>, no se establece expresamente que los cedentes renuncien a la facultad de resolver, sino que se hace una referencia genérica de renuncia a los derechos contenidos en tal cláusula, y si la falta de pacto comisorio expreso no impide en las obligaciones recíprocas que entre en juego la facultad resolutoria implícita, contemplada por el art. 1124 del CC, el incumplimiento del contrato por la parte contraria les permite

ejercitarla, ya que en otro caso quedarían inermes, máxime cuando la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante, precisa e inequívoca [Sentencias, además de las muchas otras que cita la Audiencia, de 26-9-1983 (RJ 1983\4680), 19 de julio y 18 octubre 1984 (RJ 1984\4896) y 3-3-1986 (RJ 1986\1094)], lo que impone una interpretación restrictiva, con mayor razón cuanto la propia señora R.V. reconoce (posiciones tercera y quinta, citadas por la Sala de instancia) que fue ella quien indujo a sus tíos a suprimir tan repetida cláusula, ya que <el Notario le dijo a la confesante que el primer documento de donación no estaba muy claro y que podrían quitárselo>, siendo tras el otorgamiento de la segunda escritura (de la renuncia) cuando la señora R.V. dejó de cumplir sus obligaciones asistenciales y alimenticias, lo que obliga a recordar, ciertamente, que la cláusula de exoneración de responsabilidad por incumplimiento tiene como límite el dolo y la culpa grave.”

Del fundamento transcrito concluyo lo siguiente:

1º.- Cuando nuestro Alto Tribunal trata sobre el alegato de la recurrente consistente en que las partes habían pactado una renuncia a la facultad resolutoria, la Sala hace mención a que, en el caso de autos, no se contiene una renuncia expresa. Dicha circunstancia me lleva a concluir que, de admitirse como válida la renuncia a la facultad resolutoria, es menester que dicha renuncia sea clara, terminante, precisa e inequívoca.

2º.- En segundo lugar, se desprende de la sentencia que hay que predicar siempre la renuncia específicamente con respecto a la facultad de resolución legal puesto que, en el caso analizado, la renuncia realizada por medio de la segunda

escritura pública, no lo fue a la facultad resolutoria, sino al pacto comisorio expreso que contenía la referida cláusula, por lo que dentro del ámbito objetivo de dicha renuncia no se incluía la renuncia a la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC. Si sólo se renuncia al pacto comisorio, queda vigente la facultad resolutoria legal.

3º.- La sentencia no concluye que un pacto de renuncia a la facultad resolutoria legal sea nulo por contrario a la ley, la moral o el orden público, que son los límites a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 1255 CC. La sentencia podría haber hecho un pronunciamiento en ese sentido, evitando así entrar en el fondo de la cuestión, sin embargo no procedió de esa forma. Ese modo de actuar revela que la cláusula de renuncia a la facultad resolutoria no puede considerarse nula apriorísticamente, habrá que ver la forma y contenido de la misma para pronunciarse acerca de su validez. El TS desestima el recurso de casación porque la renuncia no era expresa ni se dirigía en concreto a la facultad resolutoria sino al pacto comisorio existente, pero en modo alguno afirma que la renuncia a la facultad resolutoria sea nula *per se*.

Sin perjuicio de lo anterior, la referida sentencia contiene una idea capital. Efectivamente, el TS determina en el concreto caso que analiza que, de no permitir la facultad resolutoria a la actora, ésta quedaría *inerte*. La idea que contiene el adjetivo "*inerte*" es de gran relevancia puesto que encierra uno de los presupuestos que ha de respetar la renuncia que no es otro que el renunciante no quede atrapado por la misma sin posibilidad de reacción frente al incumplimiento. Dicho de otra forma, la validez de la renuncia va a estar condicionada a que el renunciante disponga contractualmente de una serie de medidas, ya sea de cumplimiento, ya sea indemnizatorias, o ambas, que le permitan resarcirse llegado el incumplimiento¹⁸⁸.

¹⁸⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 509.

La crítica que acabo de analizar en relación a la admisibilidad de la renuncia preventiva a la facultad resolutoria me permite afirmar que un pacto de tales características tendría como límites el hecho de que la renuncia fuera expresa, clara, terminante, precisa e inequívoca. Dicha renuncia debería dirigirse directamente a la facultad resolutoria legal. La validez de la renuncia debe analizarse caso por caso, no siendo posible concluir de forma apriorística sobre su nulidad. Adicionalmente, y de forma especialmente relevante, la renuncia misma no debería generar “*inermidad*” en el acreedor.

De todo lo anterior puede concluirse que la renuncia o limitación a la facultad resolutoria, aunque admisible, no es una convención como otra cualquiera. Su validez debe sujetarse a una serie de condicionantes que permitan la convivencia del pacto con la esencia del derecho de obligaciones y contratos, esencia que, a mi juicio y a los efectos de lo que ahora interesa, cristaliza y pasa porque el acreedor no quede inerme frente al incumplimiento.

3.- Límites al pacto de renuncia a la resolución.

En atención a todo lo que acaba de exponerse, y una vez defendida la licitud de la renuncia o exclusión anticipada de la facultad resolutoria, conviene precisar cuáles van a ser los requisitos y/o límites a la misma para que pueda aspirar a ser plenamente válida y eficaz.

3.1.- Primer límite: ausencia de vicios del consentimiento en la renuncia. Especial referencia a los deberes precontractuales de información.

Sabido es que la decisión acerca de una renuncia a la facultad resolutoria -así como, en general, los casos de renuncia a los remedios legales frente al

incumplimiento cuando son de carácter dispositivo- puede verse empañada por maquinaciones de la parte finalmente favorecida con la renuncia, o por errores en el renunciante, conocidos o no por el favorecido por la preterición convencional del remedio. La cuestión relativa a la correcta formación del consentimiento (libre y consciente) por el renunciante está íntimamente ligada tanto al deber de diligencia desplegado por quien pretende renunciar, como a los deberes precontractuales de información a observar por el beneficiado por la renuncia. En cuanto a estos últimos se añade la dificultad de determinar cuándo existen tales deberes, en qué consisten, y cuáles son las consecuencias asociadas a su incumplimiento.

El punto de partida acerca de la existencia y consecuencias de los deberes precontractuales de información se encuentra en la confrontación entre el deber de buena fe –que en su máxima expresión exigiría la necesidad de que los contratantes se suministren recíprocamente toda la información existente- y el principio de autorresponsabilidad –que introduciría la necesidad de que el contratante actuara con diligencia debida a la hora de proyectar su consentimiento sobre la renuncia-.¹⁸⁹ Por otra parte, estos deberes precontractuales de información inciden en el ámbito de la diligencia exigible a la parte destinataria de los mismos, y conectan con la posible gestación de vicios del consentimiento (dolo y del error).¹⁹⁰

¹⁸⁹ Sobre los deberes de información me parece especialmente interesante el trabajo de DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*. Ed. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor, 2010. Págs. 373-376. Otras referencias más clásicas e imprescindibles relacionando deberes de información y vicios del consentimiento, en GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley. Madrid, 1994. Págs. 27-50, y LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons. Madrid, 1996. Págs. 119-189.

¹⁹⁰ DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pág. 374. En sentido similar CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 352: “El incumplimiento de deberes de información impuesto por normas jurídicas sólo es contractualmente relevante si la situación resultante alcanza el rango de vicio de consentimiento contractual, que permita la anulación por error o dolo, o cuando el incumplimiento de la norma protectora de los intereses de la parte afectada puede ser caracterizado –como seguramente ocurrirá– como incumplimiento contractual.”

Si nos aproximamos a la cuestión desde la óptica del dolo vicio, parto de aquellos casos en los que la voluntad no ha sido debidamente formada en atención a las ocultaciones relevantes intencionales de la otra parte¹⁹¹. La cuestión encierra el debate acerca de si el dolo *in contrahendo* puede ser omisivo o si necesariamente ha de suponer conducta insidiosa activa por parte de quien engaña. Para tomar en consideración la conducta omisiva como dolosa, ésta ha de ser intencional -de suerte que dentro del dolo no se incluye el error provocado por negligencia-¹⁹² y ser la causante del consentimiento viciado, en el sentido de existir nexo causal suficiente entre conducta y consentimiento. La jurisprudencia del TS ha admitido la variante omisiva del dolo, muestra de ello es la STS de 29 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2304] al catalogar como tal *“también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”*, o las más recientes SSTS de 11 de julio de 2007 [RJ 2007, 5132] y la de 5 de mayo de 2009 [RJ 2009, 2907] al establecer que *“[...] aprecia la existencia de dolo civil grave in contrahendo por ocultación de datos esenciales, aplicando la doctrina jurisprudencial de que el dolo abarca no sólo la maquinación directa, sino también ‘la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada’. 26-10-1.981 (RJ 1981, 4001), 15-7-1.987 (RJ 1987, 5494) y 15-6-1.995 (RJ 1995, 5296) [...]”*. La jurisprudencia citada permite afirmar con solvencia que el dolo *in contrahendo* se admite en su modalidad pasiva.

¹⁹¹ ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*. Primera edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994. Pág. 22: *“El dolo vicio exige la intención o propósito de engañar. El dolo es una falta intencional y ha de suponer en el que lo emplea la intención de engañar a otro. Por consiguiente, cuando el engaño resulta sin intencionalidad, no puede hablarse de dolo vicio.”* No debe olvidarse la admisión del dolo eventual como vicio en el sentido de que, sin haber una intención plenamente directa al engaño, se es consciente de que puede producirse y no se le pone remedio, si bien sí será preciso la existencia de relación de causalidad entre la conducta dolosa eventualmente y el consentimiento prestado.

¹⁹² ROJO AJURIA, L., *El dolo*, pág. 297.

Si, por otro lado, nos aproximamos a la cuestión desde la óptica del error, el centro de interés gravita sobre aquellos casos en los que la voluntad no ha sido debidamente formada en atención, no ya a las ocultaciones relevantes intencionales de la otra parte -campo propio del dolo *in contrahendo*-, sino a la ignorancia, excusable o no, del renunciante.

La anulación de la renuncia por dolo omisivo se basaría en la existencia de un deber de información anterior, de manera que habría que ver, con carácter previo a verificar si hay engaño, si hay o no verdadero deber precontractual de información. Resulta por tanto conveniente distinguir entre la existencia del deber precontractual de informar acerca de alguna circunstancia del contrato y la existencia de dolo y, hecha esa distinción, determinar cuáles son los efectos de cada uno de esos fenómenos. La existencia del dolo vicio omisivo presupone que haya deber precontractual de información y que, además, en la ocultación haya habido intencionalidad¹⁹³. Por otro lado, si lo que hay es deber precontractual de información, pero en su no comunicación no ha habido intencionalidad o vocación de ocultar, no podría sustentarse la pretensión anulatoria de la renuncia sobre el dolo vicio, pero entiendo podría analizarse la posibilidad de atacar la renuncia si ha existido error en el renunciante y se cumplen las exigencias que tal institución precisa.¹⁹⁴ Al menos, recurrir al expediente del error permitirá rescatar la posibilidad

¹⁹³ Ya en este sentido, TRABUCCHI, A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. CEDAM. Padova, 1937. Pág. 505. El autor remarca que la que la intencionalidad vendría dada por el binomio previsión y voluntad, de suerte que haya conocimiento de la falsedad de la representación realizada y la previsión de que se condicione, con las maquinaciones insidiosas, la voluntad del otro. Entre nosotros, también en ese sentido, v. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 350: “En cualquier caso para que la omisión de información pueda calificarse como conducta dolosa no basta con que esa omisión suponga una vulneración del deber precontractual de informar. Es necesario, además, que concurra un elemento subjetivo de la conducta dolosa, esto es, el animus decipiendi: es preciso que el contratante que omite esa información sea consciente de que es su conducta (omisiva) la que conduce a la víctima a celebrar ese contrato.”

¹⁹⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 350: “[...] el propietario o tenedor de la cosa, que la enajena a un tercero, debe siempre informar de las circunstancias que pesan sobre aquélla y que

de una impugnación en aquellos supuestos en los que, habiendo omisión de información, ésta no se ha producido con la virulencia intencional que categoriza al dolo.

Así planteada la cuestión, en mi opinión, en el caso de la renuncia, el deber de buena fe impone determinados deberes precontractuales de información al beneficiado por la renuncia. Esos deberes, en el caso que nos ocupa, se concretan en la necesidad de poner de manifiesto al renunciante aquellas circunstancias esenciales que puedan afectar al cumplimiento del contrato, aquellos riesgos relevantes de incumplimiento conocidos. Sobre esas circunstancias no podría hablarse de legitimidad en la reticencia a informar y ello porque resulta esencial, sustancial, esa información para realizar la renuncia.¹⁹⁵ Sobre cuáles vayan a ser esas circunstancias, el análisis necesariamente habrá de ser casuístico, de hecho, así lo impone el propio art. 1266 CC cuando establece como requisito para la ineficacia que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo.

En cuanto a la omisión de los deberes de información y la anulación del contrato por dolo *in contrahendo* y/o error conviene referirse a la jurisprudencia surgida con ocasión de los contratos de compraventa de acciones de sociedades. En tales resoluciones se analiza la cuestión relativa a cómo la ocultación de información

disminuyen su valor; y si él mismo ignora este extremo, se le repercutirá igualmente por vía de garantía legal (saneamiento) o por la técnica del error (de la contraparte) siempre que se trate de circunstancias de la cosa que están típicamente incorporadas a la causa (vgr., que la casa es habitable, que el vendedor es el propietario, que el solar es edificable, etc.)”

¹⁹⁵ En relación a supuestos en los que existe un deber de hablar o informar, v. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 351. De entre ellos, y por lo que a este trabajo interesa, conviene citar el último, que el autor citado enuncia de la siguiente manera: “*Debe hablar el contratante que conoce hechos relevantes que pueden hacer ineficaz el contrato o la posibilidad de su cumplimiento, pues la destrucción del valor del contrato para las partes es un extremo respecto del cual la reserva de información por una parte no tiene valor productivo alguno.*”

por el vendedor en relación a algún activo o pasivo de la sociedad vendida inciden en el consentimiento del comprador. Estas sentencias no tratan directamente la cuestión de la renuncia al remedio resolutorio y la incidencia de la omisión de información en la validez de la misma, sin embargo me parece constituyen un elemental punto de anclaje para sostener las conclusiones con las que acabaré el presente apartado.

Caso HABITAT: la STS de 29 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4910] trata el supuesto de una venta de acciones que se impugna sobre la presunta existencia de dolo omisivo. La sentencia es relevante por un doble motivo. En primer lugar en la medida en que entiende que concurre dolo al existir un engaño deliberado del vendedor que toma cuerpo por medio de la omisión consistente en no advertir intencionadamente a la compradora acerca de la existencia de un hecho -la impugnación del proyecto de urbanización en relación a una finca que forma parte del activo social- cuyo resultado o desenlace afectaría a la esencia y condiciones del contrato. En segundo lugar, la sentencia me parece interesante en la medida en que dedica gran parte de su fundamentación a la distinción entre error y dolo y el respectivo tratamiento jurídico con ocasión de la omisión intencional de información. En autos una de las argumentaciones tratadas por las partes era la relativa a si era o no excusable el error al que se había inducido por el vendedor. Pues bien, la sentencia pone de manifiesto que para combatir la existencia del dolo que se dice existente lo que procede es debatir o excepcionar el carácter no esencial del mismo o la existencia de dolo en la actuación de ambas partes, pero no el análisis propio del error vicio, particularmente respecto a la valoración de la nota de excusabilidad del mismo.¹⁹⁶ Si se sabe lo que se oculta dolosamente, no hay dolo, ahora bien, si hay

¹⁹⁶ En efecto, de acuerdo con el fundamento de derecho 2º de la STS de 29 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4910]: *“Así, en primer lugar, debe resaltarse que aunque el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante, la reacción del ordenamiento jurídico se centra exclusivamente en la antijuridicidad de la conducta dolosa para determinar la nulidad del contrato*

dolo no cabe entrar en analizar la excusabilidad del error en el que se incurrió fruto de la actuación insidiosa.

Caso SAMSONITE: la STS de 30 de junio de 2000 [RJ 2000, 6747] constituye otro ejemplo de dolo omisivo en sede de compraventa de acciones. En este caso se trató de la venta que realizó el estado español de una sociedad que operaba sin licencia de apertura. En el contrato de compraventa se dispuso que la sociedad transmitida contaba con todas las facultades, licencias permisos y demás necesarios para desarrollar sus actividades. En este caso la acción no se dirigió a pretender la anulación del contrato, sino a solicitar la indemnización de los daños sufridos a raíz de la ocultación maliciosa, sobre la base de la existencia de dolo incidental previsto

celebrado. Consecuencia que solo puede quedar excepcionada bien cuando el dolo no revista carácter grave o esencial para con el objeto o las condiciones del contrato, o bien cuando haya sido empleado por ambos contratantes (Artículos 1269 y 1270 del Código Civil). En segundo lugar, y de acuerdo a lo anteriormente señalado, hay que precisar que una vez apreciado el dolo contractual no cabe, a su vez, apreciar el error vicio en el contrato como si se tratara de supuestos compatibles y concurrentes. En efecto, la apreciación del dolo contractual determina por sí mismo, esto es, de un modo pleno, la nulidad del contrato celebrado; de forma que resulta improcedente entrar en el tratamiento jurídico que le es propio al error vicio, particularmente respecto a la valoración de la nota de excusabilidad del mismo. Nota que resulta lógica de acuerdo a la caracterización de este supuesto, en donde el error no es producto de un acto antijurídico de una de las partes, sino que puede obedecer a múltiples razones, entre otras, a deficiencias o ambigüedades de la negociación llevada a cabo, o ser incluso consecuencia de la culpa del mismo equivocado. De ahí, la necesaria valoración de las conductas de las partes en este supuesto.

[...] En el presente caso, tal y como califican y constatan ambas instancias, el dolo contractual de la mercantil vendedora se presenta de forma inequívoca. Tomando cuerpo en el engaño, por omisión, consistente en no advertir, deliberadamente, a la parte compradora de la existencia de un hecho, la impugnación del proyecto de urbanización presentado como definitivo, cuyo resultado o desenlace afectaría a la esencia y condiciones del contrato que estaban celebrando, viciando el consentimiento de los compradores acerca de las circunstancias reales de lo que adquirirían.

[...] Como se ha señalado, de acuerdo con la exposición sistemática de la fundamentación jurídica aplicable al presente caso, la desestimación del motivo primero del recurso interpuesto tiene su razón de ser en la debida diferenciación del tratamiento jurídico de las figuras analizadas. En este sentido, la constatación y consecuente calificación del dolo contractual hace improcedente que se entre en la valoración del supuesto del error vicio del contrato, pues el efecto de la nulidad del contrato ya se ha producido, de forma plena, con base al propio dolo contractual apreciado. De suerte, que no cabe alegar la posible culpabilidad o negligencia de la víctima del engaño en la respuesta al error provocado, sino solo su posible excepción por el carácter no esencial del mismo, o por el empleo del dolo por ambas partes contratantes.”

en el artículo 1270 CC. Nuevamente aquí, la omisión en la información relevante se canalizó por la vía del dolo omisivo.

Caso MAFRASA: la STS de 26 de octubre de 1981 [RJ 1981, 4001] analizó igualmente un caso de compraventa de acciones en el que los compradores pretendieron la anulación del contrato por dolo omisivo, puesto que entre los activos de la sociedad se encontraba un terreno que realmente era un monte público, lo que fue ocultado por la vendedora. La posición en casación de la vendedora pasó por tratar de alegar que el dolo que se le achacaba -no haber informado correctamente a los compradores- estaría enervado por el presunto conocimiento que éstas tenían de la situación jurídica del terreno. No obstante, constaba que la vendedora sabía que el terreno no era suyo en el momento del contrato y, no obstante, exhibió a las compradoras la escritura pública de venta del terreno, omitiendo la existencia de un expediente administrativo de deslinde que atribuía el carácter público a la finca en cuestión. Más allá de la importancia de la sentencia en lo que se refiere al dolo omisivo, me parecen relevantes las consideraciones que hizo el TS en atención a la posibilidad del conocimiento por las compradoras y a la incidencia en el dolo omisivo. A tal efecto, el considerando 5º dispone que:

“[...] es claro que el motivo no puede prosperar por las siguientes razones [...]: d) porque en ese sentido la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas») como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que «vigilantibus non

durmientibus iure succurrunt») como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública; y e), en fin, porque, consecuentemente, no se puede tildar a la sentencia recurrida de indebida aplicación del art. 1270 del C. Civ., primero porque su calificación de dolo grave o causante es correcta y correcta también su no estimación de conducta pareja en las compradoras, lo uno porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio, y lo otro porque así se deduce y resulta de la actitud de aquéllos, no implicativa ni de error inexcusable ni de mala fe, todo ello aparte de recaer la maquinación en una parte fundamental del patrimonio social objeto del contrato.”

Sentadas así las cosas, y proyectando la doctrina jurisprudencial antes descrita al concreto caso de la renuncia preventiva a la resolución, me parece:

1º.- Si el favorecido por la renuncia conoce de circunstancias que puedan afectar al cumplimiento del contrato, ha de comunicarlas al renunciante. De no hacerlo la renuncia podría atacarse sobre la base del dolo omisivo. Se pretende pues con ello que la renuncia se haga, no ya exenta de riesgos -puesto que todo negocio tiene un cierto componente imprevisible que las partes han de aceptar-, pero sí sin omisiones o desequilibrios relevantes en la información esencial a los efectos de poder preterir un remedio como el resolutorio.

2º.- Si es el renunciante el que incurre en error a la hora de representarse tales circunstancias habrá que hacer una primera distinción entre si ese error es excusable o no lo es. Si el error no es excusable debería primar el principio de autorresponsabilidad de suerte que la renuncia al remedio sería inatacable. Si el error es excusable podrá plantearse la posibilidad de impugnación en atención a las circunstancias que concurren, entre ellas son relevantes para la anulación de la renuncia el que el error haya sido en alguna medida inducido por el favorecido –sin mediar propiamente dolo-, o que el error en el que incurre el renunciante sea conocido por aquél. En tales casos, si bien quizá no existe ocultación maliciosa con la esencialidad exigida en el dolo, debe analizarse si, de acuerdo a la buena fe, existe la necesidad de informar.

3º.- Para analizar la excusabilidad o no del error deberá estudiarse si las partes tienen el mismo acceso a la información relevante. Habrá que ver si el renunciante puede acceder a la información o si, en comparación con el favorecido por la renuncia, el acceso a la misma, aunque posible, le resulta extremadamente gravoso.¹⁹⁷ La circunstancia de que la información sea de muy difícil acceso para el renunciante en comparación con el acceso que tenga a la misma el favorecido por la renuncia entiendo nos acercará al campo de la excusabilidad del error. Pero al realizar ese análisis habrá que ser extremadamente cuidadoso porque, llevado al extremo, significaría sostener que el favorecido por la renuncia, al tener acceso a la información con mucha más facilidad que el renunciante, está obligado a informarse y compartir dicha información, adoptando así una suerte de posición de garante, circunstancia que sólo debería plantearse en situaciones en las que exista una relación de confianza entre acreedor y deudor tal que el renunciante pueda legítimamente esperar que el favorecido indagará e informará.

¹⁹⁷ V. sobre el particular, DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites*, pág. 375.

Las reglas a las que acabo de hacer referencia deben servir como guía para dar solución a los casos en los que la validez de la renuncia se pone en duda por haberse omitido información al renunciante, y, en definitiva, para verificar si esa omisión determina la invalidez de la cláusula. Pero, junto a ese propósito, me parece que también son relevantes para solventar un supuesto que ocurre en no pocas ocasiones en la práctica y que consiste en que la renuncia preventiva no se pacta originariamente, sino que se introduce por medio de una novación contractual en un contrato en que dicha cláusula no existía. La pregunta en tales casos es: ¿tiene efectos dicha renuncia para cumplimientos anteriores o sólo para los posteriores?

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que la novación desplegará sus efectos desde la fecha de la convención y no antes. Será necesario pactar de forma expresa que la renuncia preventiva tiene eficacia retroactiva, esto es, para incumplimientos anteriores, si se quiere que tenga efectos *ex ante*. Para el caso en que se pacte que la renuncia tiene efectos retroactivos será preciso distinguir si en el momento de la renuncia el beneficiado por la misma sabía o no sabía de la existencia del incumplimiento previo. Así,

- (i) Si el beneficiario por la renuncia sabía del incumplimiento y el renunciante no lo sabía, la renuncia será impugnada puesto que el beneficiado debería haber informado de dicha situación al renunciante.
- (ii) Si el beneficiado por la renuncia no sabía de ese incumplimiento –y no debía saberlo- la renuncia no será atacable.

3.2.- Segundo límite: carácter inequívoco de la renuncia.

3.2.1.- La renuncia preventiva ha de ser inequívoca y expresa.

La renuncia preventiva debe ser inequívoca. La facultad resolutoria se basa en un postulado con claro anclaje en la justicia material. Un contratante puede negarse a cumplir su prestación para el caso en que la otra no cumpla con la que le es propia. Incluso le cabe al contratante llegar a provocar la ineficacia del contrato generador de obligaciones recíprocas si la contraparte incumple, de forma grave, su programa de prestación. Precisamente por ese anclaje a lo que se considera justo y equitativo es por lo que se hace necesario que, si las partes deciden configurar sus respectivas prestaciones de forma impermeable a la resolución, deban hacerlo renunciando de forma directa y clara al remedio concedido por la ley. No pueden existir dudas acerca de la verdadera intención de renunciar.

Pero la renuncia, además de ser inequívoca como acto, debe ser inequívoca en su contenido; debe ir dirigida a la facultad resolutoria legal. Es decir, no se trata sólo de que la renuncia sea indubitada. Se exige además que tenga como objeto directo la facultad prevista en el art. 1124 CC. Esta cuestión es particularmente importante en aquellos supuestos en los que las partes fijan en el contrato condiciones resolutorias expresas o pactos de *lex comisoría* y, con posterioridad a la fijación de los mismos, renegocian el contrato y renuncian a los remedios resolutorios acordados.¹⁹⁸ En tales casos, las renunciaciones producidas lo son al pacto comisorio o a las condiciones resolutorias expresas, y no a la facultad resolutoria legal al no especificarse que la renuncia se dirige, expresamente, a ella. Tampoco pueden existir dudas de aquello sobre lo que recae la verdadera intención de renunciar. Estas dos

¹⁹⁸ Como muestra, véase el caso juzgado por la STS de 2 de julio de 1992 [RJ 1992, 6502], ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes.

exigencias traen como consecuencia que la renuncia deba ser expresa. Soy consciente de que al exigir el carácter expreso me estoy separando de la doctrina general que defiende que la renuncia, siempre inequívoca, puede ser expresa o tácita.¹⁹⁹ No obstante entiendo que la renuncia a la resolución ha de ser expresa. En primer lugar por seguridad contractual, al estar en presencia de una composición de remedios frente al incumplimiento diferente a la recogida en la ley. Y por otro lado porque muy mal se aviene una renuncia anticipada con una renuncia tácita pues cuesta imaginar que a través de comportamientos y actos concluyentes pueda deducirse la voluntad de renunciar a una facultad cuyos presupuestos todavía no se han dado.

Sobre la cuestión del necesario carácter expreso de la renuncia a la facultad resolutoria, y precisamente refrendado la validez de una convención de este tipo, conviene citar la STS de 6 de junio de 2000 [RJ 2000, 4003], ponencia de Antonio Gullón Ballesteros, en la que, en su FJ 4º, dispone:

“La Audiencia interpretó que la facultad resolutoria pactada por impago del precio aplazado en el primitivo documento privado en que se formalizó la compraventa, fue dejada sin efecto por actos posteriores. Dice en su fundamento de derecho cuarto: «... ha de entenderse que fue deseo de las partes contratantes dejarla sin efecto alguno, manifestándose dicha voluntad por los actos posteriores de aquéllas, consistentes en la suscripción de la cláusula adicional, en la que se pactó una nueva forma de aplazamiento de pago del precio pendiente, señalándose el inmueble objeto del

¹⁹⁹ V. STS de 31 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7724] sin perjuicio de otras muchas como las SSTs de 12 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3541], de 3 marzo y 25 abril de 1986 [RJ 1986, 1094 y 2002], de 11 junio y 16 de octubre de 1987, [RJ 1987, 4278 y 7292] y de 7 julio de 1988 [RJ 1988, 5559].

contrato como garantía del buen cumplimiento de la obligación de pago por la demandada, otorgándose en la misma fecha la escritura pública de compraventa antes aludida, en la que no se hizo constar condición resolutoria alguna, ni tampoco en la que, como complemento de la anterior, se otorgó el día 22 de mayo siguiente». Pero tal interpretación es inaceptable, ya que la renuncia a la facultad de resolución ha de ser, como toda renuncia de derechos, clara, inequívoca y no deducible de actos de dudosa significación, que aquí lo sería un hipotético cambio de la facultad resolutoria por una genérica cláusula de responsabilidad del siguiente tenor: «Los inmuebles objeto del presente contrato responden del buen cumplimiento de las obligaciones de pago aplazado», cláusula que no configura en absoluto ninguna garantía real inmobiliaria, y que lo mismo se pudiera aplicar a cualquier otro bien del patrimonio del deudor por lo dispuesto en el art. 1901 Código Civil. Una cosa es que en la escritura y documento privado coligado no se mencione la facultad resolutoria, y otra entender que, porque se hizo en el originario documento privado y después no, se produjo aquella renuncia; esta conclusión es opuesta a las características que ha de reunir toda renuncia de derechos según la constante doctrina de esta Sala, que acabamos de exponer. Por tanto, el silencio sobre la facultad de resolución del vendedor no es óbice para que se aplique el art. 1504 Código Civil, aunque no se haya pactado.» (El subrayado es mío).

La renuncia, en conclusión, ha de ser inequívoca, dirigida a la resolución legal y expresa.

3.2.2.- La posible reasignación del riesgo como consecuencia de la renuncia.

La cuestión del necesario carácter inequívoco de la renuncia plantea, en mi opinión, otro problema, y es el relativo al juego de dicha renuncia con la atribución de los riesgos en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Como es sabido, el incumplimiento de contrato, en lo que aquí nos interesa, puede responder a variada causología. De una parte, la falta de cumplimiento puede venir provocada por la conducta dolosa o culposa del obligado, es decir, por mediar un criterio de imputación subjetivo del incumplimiento al deudor. Pero, de otro lado, la falta de cumplimiento puede venir causada por una imposibilidad sobrevenida, caso fortuito o fuerza mayor, eventos extraños a la culpa o dolo del deudor. Ambas posibilidades han sido acogidas por la jurisprudencia, puesto que tiene declarado que no hace falta que el incumplimiento se deba a circunstancias subjetivas del deudor para que se pueda actuar la facultad resolutoria, pues también es de aplicación cuando estamos en presencia de algún hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento.²⁰⁰

De esta forma, si bien el art. 1124 CC tiene como punto de partida un incumplimiento imputable, puesto que, ante él, el ordenamiento permite al agraviado interesar el cumplimiento de la obligación o resolver el vínculo, también es

²⁰⁰ Es tradicional la cita a la antigua STS de 10 de marzo de 1949 [RJ 1949, 269], a la que puede añadirse referencias más modernas como las SSTS de 11 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8290] y 9 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6463]. Ésta última, en su fundamento de derecho 5º, establece: *“Por esta razón, debe prestarse atención al argumento deducido por el recurrente en denuncia de que la sentencia recurrida desconoce y confunde la resolución procedente en el caso, que no puede basarse en el incumplimiento como determinante de la facultad re resolución que configura el artículo 1124 del Código civil, pues, en puridad, no hubo un incumplimiento resolutorio, sino una imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación que, desde luego, puede fundamentar la resolución solicitada, ante la frustración del fin del contrato, pero no justifica la indemnización acordada sobre la base de aplicación de una cláusula penal prevista, precisamente, para el supuesto de incumplimiento.”* Cfr. Lo analizado en *supra* §3.4.1.

cierto que, cuando la prestación ha devenido imposible, ya no hay posibilidad de interesar el cumplimiento, sólo queda la vía de la resolución, y acaso la pretensión de *commodum representationis*.²⁰¹ Así lo dispone el precepto al establecer que también se podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.²⁰²

En las obligaciones unilaterales los efectos del incumplimiento objetivo de la prestación aparecen definidos con claridad en los arts. 1105, 1182 y 1184 CC. En efecto, si el deudor se ve impedido de cumplir porque la cosa sobre la que recae la prestación se ha perdido sin mediar culpa, la consecuencia prevista es que se libera de su obligación, sufriendo la pérdida el acreedor. En este sentido, el art. 1105 CC citado dispone que nadie responde de los sucesos imprevistos o que, previstos, fueren inevitables. Esa liberación de deudor la concreta el CC en el art. 1182 -para el caso de pérdida o destrucción de la cosa específica-, y en el art. 1184 CC para las obligaciones de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible. Lo que ocurre es que, como vimos más arriba, la distribución del riesgo no resulta tarea sencilla en lo que se refiere a las obligaciones recíprocas. Parece claro que la imposibilidad por pérdida sobrevenida conlleva la extinción del deber de prestación del deudor, sin embargo, ¿está obligado el acreedor a cumplir con su prestación recíproca? Hoy parece claro que, en atención a lo que ha venido en llamarse teoría de los riesgos, y a pesar de que en nuestro CC no existe un precepto general sobre

²⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual". ADC. 1991. III, *passim*. En concreto, interesa remarcar a estos efectos lo dispuesto en la pág. 1050: "En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra parte podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual. Y optando por no resolver, podrá pretender si existe, el *commodum representationis* (art. 1186 CC), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento."

²⁰² OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 del Código Civil*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1983. Pág. 167.

atribución del riesgo en la obligación sinalagmática, se admite que la obligación recíproca se extingue, no teniendo el acreedor obligación de cumplir con la prestación que le es propia.²⁰³ Dicho postulado se sostendría en atención al propio art. 1124 CC –en especial al concepto de sinalagma funcional que en él se encierra- y al principio de enriquecimiento injusto en tanto que en las obligaciones recíprocas se produce un condicionamiento mutuo de las respectivas prestaciones, de manera que cada una de ellas tiene sentido y razón de ser en la contraria.²⁰⁴

Ahora bien, partiendo de que la facultad resolutoria resulta de aplicación a los supuestos de imposibilidad sobrevenida, ¿la renuncia preventiva a la misma por medio de pacto expreso implica la redistribución del riesgo por caso fortuito y fuerza mayor? Dicho de otra manera, el hecho de que un contratante renuncie en forma expresa a la facultad resolutoria, ¿implicará que si la contraparte no cumple con su prestación por imposibilidad sobrevenida deba él cumplir con la que es propia? ¿La renuncia supone pacto de asunción del riesgo de pérdida sobrevenida no culpable de la prestación?

La solución a tales interrogantes no resulta tarea sencilla puesto que si la facultad resolutoria es la institución que permite liberarse de la obligación en los supuestos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, parece lógico que si se renuncia a ella se asume todo lo que dicha renuncia lleva consigo. No obstante, ¿el pacto de asunción de responsabilidad por causa fortuita no debería ser expreso, especialmente teniendo en cuenta que pulveriza la regla general de responsabilidad contractual en nuestro sistema?

²⁰³ Conviene recordar la STS de 10 de octubre de 1963 [RJ 1963, 5220] en la que se especifica: “[...] no es lícito ni jurídico en materia de obligaciones recíprocas que un contratante pueda por fuerza mayor dejar de cumplir el servicio prometido y, a la vez, exigir el pago del precio estipulado por la prestación no efectuada.”

²⁰⁴ OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos*, pág. 169.

En mi opinión, debe negarse que el pacto de renuncia impida resolver en los casos de imposibilidad sobrevenida salvo en el caso en que así se disponga en el acuerdo, asumiendo de forma expresa el riesgo de pérdida. Y ello por los motivos que paso a desarrollar a continuación.

En primer lugar, debemos recordar que la aplicación de la facultad resolutoria a los supuestos de imposibilidad sobrevenida constituye una solución para cubrir una laguna legal en materia de distribución de los riesgos en sede de obligaciones recíprocas.²⁰⁵ De esta forma, nuestro CC no regula de forma concreta la distribución de los riesgos en las obligaciones bilaterales, excepción hecha de la compraventa, art. 1452 CC, precepto (dicho sea de paso y como luego veremos) de compleja interpretación y, en cualquier caso, difícil coordinación con el art. 1460 CC, también en sede de compraventa.

Pues bien, si el texto del art. 1124 CC no regula de forma expresa la distribución de riesgos en materia de obligaciones bilaterales, y esa laguna se trata de cubrir por doctrina y jurisprudencia acudiendo a la institución de la resolución -a pesar de ser algo discutible y que el texto del artículo no regula de forma directa la atribución de riesgo-, entiendo que cuando se renuncia a la facultad resolutoria, se está renunciado única y exclusivamente a la resolución por incumplimiento imputable. Si las partes quieren realizar una distribución de los riesgos distinta a la prevista en la ley, deben pactarlo de forma expresa, atribuyendo éste, en la medida y en los términos que acuerden, a quien estimen oportuno.

²⁰⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución*, pág. 38: “En nuestro Derecho existe una auténtica laguna legal en cuanto a las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita –salvo opinión general, en cuanto al contrato de compraventa (cfr. art. 1452 CC) –, y esta laguna se ha colmado con la figura de la resolución.”

A esta posición contribuiría, entiendo, lo dispuesto en el art. 1.105 CC que, esta vez sí de forma expresa, dispone que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables. Es decir, el precepto referido permite el pacto en contrario, con la consecuente asunción del riesgo por caso fortuito, pero la forma en que lo hace (*“fuera de los casos en que así lo declare la obligación”*) permite concluir que la norma general es la de liberación del deudor en esos casos por lo que el pacto que atribuya el riesgo de pérdida de la cosa al deudor, por ir contra la norma general, ha de ser expreso, directa y principalmente querido.

La responsabilidad contractual se construye sobre la regla de responsabilidad, prevista en el art. 1101 CC, y la regla de exoneración, recogida en los arts. 1105 y 1182 CC, que permite al deudor liberarse aún en presencia de la insatisfacción del acreedor²⁰⁶. A mi juicio, alterar ese sistema fundamental no debe poder sobreentenderse como efecto de la renuncia a la facultad resolutoria. De hecho, la renuncia debe entenderse al remedio resolutorio como reacción frente al incumplimiento y, ciertamente, entiendo que la imposibilidad o falta de cumplimiento sin mediar culpa no es estrictamente un incumplimiento sino una contingencia negativa inimputable. Es verdad que la resolución puede y debe utilizarse en los supuestos en los que el deudor de la prestación recíproca no puede cumplir por haber ésta devenido imposible sin su culpa -ese es el sentido del art. 1124 CC cuando dispone que *“[t]ambién podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”*-, pero más lo es el que cuando un contratante renuncia a la resolución lo hace a la institución como remedio frente al incumplimiento (uno de ellos, teniendo los demás), y, cuando

²⁰⁶ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad*, págs. 101-102.

quiere hacer una redistribución relativa a la atribución de los riesgos, lo hace en ese sentido diverso, tomando en consideración circunstancias que no son coincidentes con las que se valoran a la hora de renunciar a la resolución como remedio.

En atención a lo expuesto sostengo pues que la renuncia preventiva no incluiría entre sus efectos una reasignación del riesgo en las obligaciones recíprocas de suerte que, devenida imposible la prestación de una parte, la otra podría resolver al amparo del art. 1124 CC. Y ello porque el concepto mismo de sinalagma funcional permitiría provocar la extinción del vínculo en caso de imposibilidad no imputable. Ahora bien, y resuelto lo anterior pero ligado con ello, si es el concepto del sinalagma funcional el que está detrás de la posibilidad de poner fin al vínculo en los supuestos de imposibilidad sobrevenida –y por tanto por eso sostengo que la renuncia no afecta a la atribución legal del riesgo salvo que se diga expresamente-, ¿cómo ha de entenderse el art. 1452 CC y la regla que contiene en sede de compraventa conocida como *periculum est emptoris*?²⁰⁷

Me explico. Ya hemos visto que nuestro ordenamiento no contiene una norma que regule la atribución de los riesgos en ámbito de las relaciones sinalagmáticas. Para ello se acude al art. 1.124 CC. Pero sucede que el contrato

²⁰⁷ Así, mas abogando por su revisión, v. LINACERO DE LA FUENTE, M., *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007. Págs. 23-26: “Según la tesis generalizada y mayoritaria de la doctrina española, confirmada por la jurisprudencia, nuestro Código Civil adopta el criterio de la conclusión del contrato como exponente de la regla romana *periculum est emptoris*. Es decir, del art. 1452 CC se podría extraer la siguiente regla: el riesgo se transmite al comprador desde el momento de la conclusión del contrato.” En términos similares, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*. págs. 973-974: “Sorprendentemente, la regla del sinalagma, con toda su fundamentación intuitiva en un postulado de justicia conmutativa, no rige para la compraventa civil, que es el contrato primordial entre los sinalagmáticos. [...] Si la venta es de cosa específica, o se vende alzado y como unidad un género limitado, o se pierde la cosa después que la obligación genérica haya sido especificada (pesado, contado, medido) se imputa el riesgo al comprador si la cosa se pierde sin culpa del vendedor.”

generador de obligaciones sinalagmáticas por excelencia, la compraventa, contiene una norma, el art. 1452 CC, que parece vedar la posibilidad de resolución por aplicación del art. 1124 CC, lo que no deja de generar cierta sorpresa. En efecto, la jurisprudencia plantea la cuestión de que el art. 1452 CC impone el riesgo de pérdida al comprador una vez perfeccionado el contrato y estando pendiente la entrega²⁰⁸, con lo que se impide al comprador -que tras la firma del contrato ve como el deudor de la cosa pierde la misma sin culpa y por tanto está exonerado de entregarla- resolver el vínculo ex art. 1124 CC pudiéndosele, además, exigir el precio en lugar de poder resolver.²⁰⁹

¿Cómo puede mantenerse que, en el ámbito de obligaciones recíprocas, el riesgo de la pérdida sobrevinida se regula por el art. 1124 CC²¹⁰ y que, sin embargo, en la compraventa -que es el principal contrato sinalagmático y al que se acude en muchas ocasiones para inducir principios aplicables a este tipo de obligaciones- la regla es precisamente la contraria, esto es, que no cabe la resolución en caso de

²⁰⁸ ABRIL CAMPOY, J. M., *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Págs. 81-86, donde sostiene que el art. 1124 CC funcionaría como una norma de aplicación general en materia de riesgos en las obligaciones recíprocas si bien, en sede de contrato de compraventa, habría una norma específica para dicho contrato que impondría el riesgo al comprador.

²⁰⁹ La posición de la jurisprudencia va en la línea de entender que el art. 1452 CC contiene la regla *periculum est emptoris* tal y como resulta de las SSTs de 9 de junio de 1949 [RJ 1949, 730], 6 de octubre de 1965 [RJ 1965, 4358] o 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979, 3850], estableciendo esta última resolución que “[...] art. 1.452 del C. Civ., toda vez que si este precepto, inspirado en el criterio romano acoge el principio *res peris emptore* como regla general en la compraventa, según ya tiene reconocido esta Sala en S. de 6 de octubre de 1965 [RJ 1965, 4358], atribuyendo en consecuencia al comprador el *periculum* y el *commodum* de la cosa comprada desde el momento de la perfección del contrato, como indica la sentencia de este Tribunal de 29 abril 1947 [RJ 1947, 607], es para el supuesto que estando perfeccionado el contrato de compraventa, la cosa vendida no haya sido entregada y se pierda, destruya o deteriore por caso fortuito [...]”

²¹⁰ Para el concepto de sinalagma funcional, recuérdese la STS de 10 de octubre de 1963 [RJ 1963, 5220].

imposibilidad sobrevenida y el riesgo lo debe asumir el comprador, quien no sólo se vería privado de la cosa sino que debería pagar el precio?

No pongo en duda que quienes sostienen que el art. 1452 CC se refiere al riesgo de pérdida (*"interitus rei"*) y no sólo al daño o provecho (*"incommodum"*), lo hacen con argumentos diversos y sólidos, incluso de raigambre histórica, pero no puedo menos que sorprenderme de las consecuencias que tiene esa interpretación, que supone precisamente que en el contrato más ontológicamente sinalagmático, la compraventa, no se aplica en toda su extensión el concepto de sinalagma funcional en materia de riesgos. Es sabido que esa conclusión, que es la que sostiene la jurisprudencia y una parte representativa de la doctrina clásica²¹¹, presenta detractores cuyas tesis no pueden despreciarse, conteniendo argumentos de singular solidez.²¹² Tampoco desconozco que, habida cuenta de que será difícil demostrar que

²¹¹ ROCA SASTRE, R. M., "El riesgo en el contrato de compraventa". En *Estudios de Derecho Privado*. I. Aranzadi. Madrid, 1948. Págs. 384 y ss. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil* II. 2. Bosch. Barcelona, 1956. Págs. 179 y ss. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*. III. Madrid, 1970. Págs. 490 y ss. Y GARCÍA CANTERO, G., "Artículo 1452 CC". En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. XIX. EDESA. Madrid, 1980. Págs. 78 y ss.

²¹² Excluyendo aquellas tesis que entienden que el art. 1452 CC disciplina el riesgo de pérdida en la compraventa a través de la aplicación de la máxima *"periculum est emptoris"*, siguiendo a ABRIL CAMPOY, J.M., *La atribución*, págs. 90-93, existen tres posiciones distintas en torno a la interpretación que merece tal precepto. La primera de ellas partiría de defender que la atribución del riesgo en sede de compraventa recaería sobre el vendedor (*"periculum est venditoris"*). Ha sostenido esa interpretación ALCÁNTARA SAMPELAYO (ALCÁNTARA SAMPELAYO, J., "La prestación del riesgo en la compraventa". RDP, 1946. Págs 487-506.) sobre la base de dos argumentos principalmente. El primero de ellos gira en torno al brocardo *res perit domino*. Efectivamente, el referido autor dispone que analizada la cuestión del riesgo en los principales contratos generadores de obligaciones recíprocas (arrendamientos, censos, sociedad y contrato de obra) se concluye que el criterio dominante es aquél por el que se atribuye el riesgo de pérdida al dueño de la cosa, de suerte que, dado que en España rige la regla del título y modo, hasta la entrega, y por tanto la transmisión de la propiedad, no se trasladaría el riesgo de pérdida. El segundo argumento pivota sobre el art. 1124 CC. Para el autor citado el art. 1452 CC es una norma de remisión que no regula el riesgo propiamente sino que se remite a los arts. 1096 y 1182 CC, y que, respecto a éste último, nada aporta al referirse sólo a la extinción de las obligaciones unilaterales por imposibilidad sobrevenida, siendo por su parte el 1096 innecesario al existir ya los arts. 1100 y 1101 CC. Por tanto, para el referido autor, no habiendo una norma específica en materia de atribución de riesgo en sede de obligaciones recíprocas, procede aplicar la regla general contenida o extraída del art. 1124 CC.

no hay culpa en el vendedor –que ostentaba la posesión de la cosa- el riesgo vuelve en casi todas las ocasiones al vendedor.²¹³ Pero todo lo que estoy exponiendo lo que me permite concluir es que, si el propio CC en su art. 1452 -según la interpretación de la jurisprudencia, los antecedentes históricos del precepto y buena parte de la doctrina-, obliga al comprador a pagar el precio de la cosa aunque ésta se pierda antes de la entrega de forma no imputable, lo que se está haciendo es eximir de

La segunda de las tesis se basa en que lo que realmente hace el art. 1452 CC es regular el riesgo referido al deterioro o provecho de la cosa vendida antes de su entrega, pero no el riesgo de pérdida propiamente dicho. El argumento que utilizan quienes defienden esta tesis se encuentra en la literalidad del precepto puesto que el primer párrafo del art. 1452 CC haría referencia expresa sólo a daño o provecho en la cosa, pero no al concepto de pérdida. Y, no habiendo pues regulación específica en relación al riesgo de pérdida, será el art. 1124 CC el que servirá para resolver la cuestión de forma que el sinalagma funcional permitirá resolver al comprador que ve como, antes de la entrega, se pierde la cosa de forma no imputable. Sostendrían esta tesis O'CALLAGHAN, X., *Compendio*, pág. 332, y PINTÓ RUIZ, J. J., "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*". En Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre. II. Madrid, 1976. Pág. 519.

Por último, la tercera de las posturas aceptaría que, en efecto, el art. 1452 CC regula tanto el riesgo referido al daño o provecho como a la pérdida de la cosa vendida, si bien se aplicarían determinados parámetros interpretativos al precepto que permitirían atemperar el rigor de la regla *periculum est emptoris*. Conviene citar como primer valedor de esta tesis a DE COSSÍO CORRAL, A., "Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil". RDP. 1944. Págs. 361 y ss. (y en "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas". ADC. 1953. Págs. 597 y ss.). Para dicho autor, la solución al problema de la atribución del riesgo pasaría por imputárselo al contratante en cuyo provecho se ha diferido la entrega de la cosa debida salvo que medie pacto en contra. Si la posposición de la entrega en el tiempo fue acordada en favor o en beneficio del vendedor, éste corre con el riesgo de la pérdida, si fue en beneficio del comprador, a éste le corresponde asumir el riesgo. De esta forma, perfeccionado el contrato se presume que la cosa se encuentra a disposición del comprador y si no la retira es porque bien no quiere, bien no le interesa, de suerte que no es justo imponer los riesgos al vendedor, pero esa presunción ha de interpretarse de forma restrictiva. Coincide con esta interpretación LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., "Art. 1452". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 897-898.

²¹³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 976: "Como no será fácil acreditar que no hay culpa, el riesgo del caso fortuito atribuido al comprador por vía de la regla legal acaba normalmente siendo reatribuido al vendedor por fuerza de dificultad de probar por su parte la ausencia de culpa." También soy consciente de que el campo de aplicación de la asignación de riesgos contenida en el art. 1452 CC se refiere a los casos de pérdida de la cosa debida pero que hay otras causas de imposibilidad más frecuentes que, si bien impiden la entrega, no pivotan sobre la pérdida de la cosa. Tal es el caso de la STS de 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8038] en la que hay una imposibilidad de entrega debida a una modificación urbanística. Al no haber pérdida de la cosa se aplica el 1124 y se permite la resolución del contrato.

aplicación plena y absoluta el principio de sinalagma funcional propio de las obligaciones recíprocas en el contrato más sinalagmático de todos.

Siendo así las cosas, me parece que mal puede argumentarse como motivo para alegar que no cabe renunciar al remedio resolutorio el hecho de que con ello se violaría el sinalagma funcional como inmanente carácter de la obligación recíproca. Y ello porque, como vemos, en la compraventa se sostiene que el comprador no va a poder resolver a pesar de no recibir la prestación debida, incluso más, va a tener que pagar el precio de lo que no recibirá privándose así al contratante de hacer valer la resolución aunque la contraparte no vaya a cumplir su programa de prestación. En suma, cuanto pretendo sostener son dos conclusiones:

1ª.- Que soy de la opinión que la renuncia preventiva al remedio resolutorio no va a alterar el régimen de atribución de riesgos en materia de obligaciones recíprocas, salvo que se pacte lo contrario *ex art. 1105 CC*, debiendo por tanto regirse la materia de riesgos por lo dispuesto en el CC.

2ª.- Que esa regulación legal del riesgo es sumamente reveladora en la compraventa, ya que el legislador se separa del art. 1124 CC, esto es, de la posibilidad de que el comprador se desligue del contrato si el vendedor pierde, antes de la entrega, la cosa por caso fortuito. Y todo ello me lleva a concluir que ya no podrá decirse sin ambages que la obligación recíproca tiene como elemento que la naturalice la facultad resolutoria o el sinalagma funcional o la mutua condicionalidad de las prestaciones. Las partes van a poder alterar presupuestos y efectos porque la ley, al configurar este tipo de obligaciones, huye de dogmatismos. Ya no se podrá argumentar que no cabe excluir el remedio resolutorio porque ello desnaturalizaría la obligación recíproca. La renuncia no desnaturaliza la obligación recíproca porque la

resolución no se permite siempre, es más, incluso está impedida en supuestos de incumplimiento de obligaciones por causa no imputable dentro de la compraventa.

3.2.3. Renuncia y alteración sobrevenida de las circunstancias.

Para terminar este bloque de cuestiones conviene hacerse la siguiente pregunta: ¿podría el juez resucitar la resolución renunciada con base a la cláusula *rebus sic stantibus*? Esto es, imaginemos que tras la renuncia preventiva sucede un cambio extraordinario, imprevisto y sobrevenido. ¿Autorizaría dicha circunstancia al juez para contrarrestar esa alteración devolviendo la facultad resolutoria que se renunció mediante pacto? En mi opinión, para tratar esta cuestión es necesario recordar que estamos en presencia de dos instituciones distintas. Una cosa es la resolución por incumplimiento y otra la alteración sobrevenida de las circunstancias. Desarrollando esa distinción, debe matizarse que mientras el riesgo de incumplimiento es previsible, sin embargo, el cambio de circunstancias es imprevisible y aquello que es imprevisible no es renunciable.

De entrada conviene descartar de nuestro análisis una hipótesis. Si la alteración de las circunstancias únicamente se proyecta sobre aquellas que en su día llevaron al contratante a emitir su renuncia preventiva a la facultad resolutoria, la solución no puede ser otra que la de su intrascendencia jurídica. Nos movemos en el terreno de los móviles subjetivos conforme a los cuales el contratante decidió renunciar. Y, salvo que tales móviles estuvieran causalizados de alguna manera, la alteración sobrevenida de los mismos en nada altera el consentimiento prestado a modo de renuncia. Descartada esta hipótesis, el análisis se centra en la alteración sobrevenida de las circunstancias que se proyecta sobre la ejecución del contrato, provocando un desequilibrio al impactar en términos de gravosa onerosidad o dificultad en las prestaciones de uno de los contratantes.

Dispuesta la facultad resolutoria como un remedio ante el incumplimiento del otro contratante, parece de entrada pacífico que un escenario sobrevenido más gravoso en nada perturbaría la renuncia a aquel remedio resolutorio, a salvo el respeto al límite de la *inermidad* a la que a continuación me referiré. Una mayor carga sobrevenida de dificultad para la otra parte solo acentúa el riesgo de faltar al contrato, pero, según lo expuesto, el riesgo de incumplimiento del *pacta sunt servanda* es un riesgo previsible. Aquí lo imprevisible serían las consecuencias derivadas de la aplicación de la doctrina de la alteración extraordinaria, llegado el caso. Es decir, y en aplicación de dicha doctrina, el riesgo de aceptar una modificación del contrato para superar su onerosidad sobrevenida, bien fruto del deber de renegociación de las partes, bien fruto de la resolución judicial. Si hay renegociación, en ella se aceptará confirmar o no la renuncia preventiva a la resolución originariamente manifestada. Pero si la modificación del contrato procede del juez, ello puede significar que estaremos en presencia de un nuevo escenario de cumplimiento y eficacia del contrato, ante el cual no sería dudoso cuestionar la vigencia aquella renuncia apuesta para un escenario distinto. El resultante de lo pactado al perfeccionar el vínculo.

Un contratante, cuando renuncia a la resolución como remedio es conocedor de que existe un riesgo de incumplimiento de la obligación por aquel que es beneficiado por la renuncia. Sin embargo, difícilmente podrá representarse cabalmente un cambio sobrevenido en las circunstancias capaz de alterar el contenido jurídico del contrato. Ello hace que, en mi opinión, ante una situación de alteración sobrevenida, el juez va a poder adecuar el contrato a la nueva situación a fin de reequilibrar la posición de las partes y para ello, si fuera necesario y estuviera justificado, va a poder rescatar el remedio resolutorio objeto de renuncia anterior. Al cambiar las circunstancias de forma imprevisible es posible que sea necesario

acomodar la configuración del programa de prestación de cada parte a la nueva situación y ello puede incluir el rescate de la resolución renunciada.

3.3.- Tercer límite: la interdicción de la inermidad del acreedor.

3.3.1.- La renuncia no puede ser ablativa.

El art. 1255 CC establece los límites a la autonomía de la voluntad, citando de forma expresa la ley, la moral y el orden público. La referencia a la ley como límite a la autonomía privada se entiende a la ley imperativa, art. 6.3 CC, si bien, ya anticipo que la distinción norma imperativa y norma dispositiva me resulta extremadamente insuficiente. Dentro del concepto dispositivo se incluyen muchos tipos de normas, con funciones y relevancias distintas, no debiéndose otorgar a ellas el mismo tratamiento en el sentido de poder ser, sin más, excluidas por mera voluntad de las partes. Una de esas normas es el art. 1124 CC y en concreto la facultad de resolver las obligaciones recíprocas en él contenida. Me explico. La exclusión convencional de la norma dispositiva tiene como presupuesto el que la norma excluida tenga ese carácter, esto es, que no sea de derecho cogente, pero ese es sólo el presupuesto ya que según la función que desempeña la norma dispositiva en el ordenamiento, su eliminación convencional requerirá de exigencias adicionales. Cuanto ahora apunto resulta especialmente comprensible si se hace un ejercicio comparativo entre dos normas dispositivas como pueden ser la prevista en el art. 1455 CC -relativa a quién corre con los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa- y la recogida en el art. 1124 CC reguladora del remedio resolutorio. Es cierto que ambas disposiciones son dispositivas, pero más lo es que la función que las mismas desempeñan en el ordenamiento es completamente dispar, siendo el papel de la segunda de importancia esencial frente al que desempeña la primera. Esta circunstancia se traduce, como decía, en que para renunciar a determinadas normas

dispositivas sea necesario observar exigencias suplementarias, justificadas precisamente en la función que desempeñan unas y otras.

La cuestión relativa al efecto y trascendencia de las normas dispositivas no ha pasado desapercibida para nuestra mejor doctrina. Seguramente una de las mejores aportaciones en este campo haya de atribuirse a DE CASTRO²¹⁴, para quien *“[a]utores alemanes han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del Derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función <ordenadora>, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.”*

No obstante lo que pretendo enfatizar no es tanto que sea exigencia de la renuncia a la facultad resolutoria el que concurra una razón suficiente, en palabras de DE CASTRO. No estoy postulando que la validez de la renuncia exige de una justificación mínima. De hecho, entiendo que el control de las *“razones suficientes”*, en nuestro caso, puede plantear injerencias innecesarias. Lo que realmente quiero decir es que la validez de la renuncia a la facultad resolutoria, por la función que tiene dicha institución, aunque sea de derecho dispositivo, exigirá de un plus, plus que, anticipándome a lo que más adelante se dirá, y más allá de otros límites, se concreta principalmente en la necesidad de que al acreedor de la prestación se le asegure el cumplimiento, específico o por equivalente, o tenga a su disposición un

²¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). Segunda Edición, 1985. Reimpresión 2016. Pág. 80.

conjunto de remedios indemnizatorios que le permitan resarcirse ante el incumplimiento mismo. En suma, que no se produzca la *inermidad* del acreedor. Enseguida llegaremos a eso.

Para analizar correctamente este límite a la renuncia a la facultad resolutoria debemos de partir del siguiente interrogante: ¿el pacto de renuncia al remedio resolutorio está prohibido por la ley? Dicho de otra manera, ¿el art. 1124 CC es dispositivo o imperativo? Como ya he avanzado en páginas anteriores, considero que la facultad resolutoria contenida en el art. 1124 CC no es una norma de derecho imperativo²¹⁵. En mi opinión, el pacto de renuncia al remedio es el resultado de la autonomía privada, autonomía que debe prevalecer en tanto que las partes son soberanas a la hora de regular y componer sus intereses. De hecho, y más allá de

²¹⁵ Desde luego no faltan autores que se ha pronunciado por el carácter dispositivo de esta facultad legal. Así: MONTÉS PENADÉS, V.L., “Artículo 1.124”, págs. 1.215-1.216: “*Es evidente que el poder de autonomía de las partes ha de imponerse impidiendo al Juez consideraciones en orden a la relevancia del incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, que las partes pueden definir y evaluar de antemano. Así, las obligaciones accesorias o instrumentales.*” ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Artículo 1.124”, pág. 97: “*El régimen de la resolución por incumplimiento puede ser modificado por las partes, que pueden pactar su agravación, mediante el pacto comisorio expreso o *lex commissoria* y el término esencial, o pueden excluirlo renunciando preventivamente a la resolución por incumplimiento excepto para las hipótesis de incumplimiento causado por dolo.*” CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad*, pág. 187: “*En consecuencia, entiendo que el pacto de irresolubilidad del contrato es lícito; y con mayor motivo lo es el que se limita a excluir la resolución en determinados supuestos, esto es, el que precisa que incumplimientos no se consideran con suficiente entidad como para facultar la resolución.*” BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario al art. 1124”. En *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 3ª Edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2009. Pág. 1336: “*La facultad concedida por el art. 1124 es tácita; y no impide una regulación expresa distinta por las partes: agravando el régimen en contra del deudor (pacto comisorio expreso; término esencial expreso); o a su favor (excluyendo la posibilidad de resolución salvo en caso de dolo).*” CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 509: “*La exclusión del remedio resolutorio es admisible en contratos de tracto único (compraventa), siempre que el comprador disponga de un elenco de remedios indemnizatorios que le permitan no quedar atrapado y habiendo perdido toda posibilidad de satisfacer su interés de cumplimiento.*” De hecho, el propio autor pone de manifiesto que la renuncia es común, e incluso aconsejable, en los contratos de compraventa de sociedades, en la medida en que quien comprar tiene a su disposición una batería de remedios indemnizatorios suficientes para resarcirse de las contingencias que puedan ver luz en la compañía tras la adquisición.

referencias jurisprudenciales a las que luego aludiré, la validez del pacto de renuncia entre empresarios se desprende de la regulación que el legislador ha realizado de la misma en sede de consumidores y usuarios. Me explico. El art. 85.6 TRLGDCU cataloga como cláusula negra en sede de consumo aquella que consiste en la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario. Esto, anunciaba más arriba, me parece relevante porque el TRLGDCU sólo ataca la cláusula en sede de consumo, y no existe en el ordenamiento español otra norma que prohíbe la renuncia fuera de ese ámbito. Pero es más, resulta que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva en sede de consumo lo hace acudiendo a la institución de la *abusividad*, lo que implica que esa prohibición no será aplicable incluso dentro del ámbito del consumo si la renuncia ha sido negociada individualmente entre empresario y consumidor. De todo ello, ya expuse, se concluyen dos cosas. La primera es que cuando el ordenamiento quiere prohibir la renuncia preventiva lo ha hecho de forma expresa –v. art. 86.5 TRLGDCU–, fuera de esa prohibición rige el principio general instaurado por el art. 1.271.1 CC. Y la segunda es que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva, no lo hace de forma absoluta, sino que lo hace por medio del control de *abusividad*, conllevando ello la enervación de la prohibición si hay negociación individualizada entre empresario y consumidor.

Ahora bien, como también anunciaba más arriba, con lo hasta ahora dicho no puede darse por terminada la discusión. Esta materia no se resuelve de forma automática sosteniendo que, dado que el art. 1124 CC es dispositivo, cualquier pacto de renuncia a la facultad resolutoria es eficaz. La distinción entre normas imperativas y dispositivas es sumamente insuficiente porque pretende englobar en dos únicas categorías normas del CC muy diversas y heterogéneas. Habrá que tener muy presente -en esa labor de disposición sobre el derecho no imperativo-, la función que desempeña la norma dispositiva sobre la que se va a proyectar la renuncia. Sólo

atendiendo a esa concreta función podrá diseñarse el escenario adecuado en el que la renuncia será válida. Y es partiendo de la función que desempeña el remedio resolutorio donde encuentro precisamente el límite que ha de ser connatural a la renuncia.²¹⁶

3.3.2.- La posibilidad de exigir el cumplimiento.

La facultad resolutoria constituye el reverso de la moneda en la que la otra cara es el cumplimiento. Cumplimiento y resolución son incompatibles, se excluyen, pero si uno falla, el otro debe estar. Debe ser.²¹⁷ Ese es, en mi opinión, uno de los sentidos del art. 1124.2 CC cuando dispone que *“el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación [...]”*, y rematando esa afirmación con el añadido *“pudiendo pedir también la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”*. La literalidad de esta segunda parte del precepto -si bien muy probablemente no buscó cubrir lo que aquí sostengo- resuelve la cuestión refrendando mi posición puesto que, si se ha renunciado a la facultad resolutoria por medio de pacto preventivo, y acontece que el

²¹⁶ Recientemente, y en contra de la doctrina mayoritaria, HERRADA BAZÁN, V., “Incumplimiento y resolución”, págs. 54, 55 y 68, ha defendido la nulidad de la cláusula que excluya de modo absoluto la facultad de resolución contractual para el caso de un incumplimiento esencial en términos objetivos; no se le puede obligar a quedar vinculado a un contrato que ha quedado frustrado (con fundamento todo ello en la noción de causa contractual).

²¹⁷ SICCHIERO, G., “La risoluzione”, págs. 404 y ss. En concreto puede leerse en la pág. 404: *“La pattuizione di irresolubilità tout court del contratto non è perciò ammissibile ove con questa si intenda affermare il diritto del contraente infedele di poter pretendere la prestazione della parte delusa senza eseguire la propria; del pari, la clausola sarà nulla ogni volta che configuri in concreto una condizione sospensiva meramente potestativa (adempirò se vorrò). Le valutazioni che precedono non sono invece utilizzabili allorché il patto venga delimitato nella sua portata operativa. La rinuncia alla risoluzione non comporta infatti automaticamente anche la rinuncia all’esecuzione coattiva della prestazione o al risarcimento dei danni, sicché ogni qual volta questa appaia possibile, quantomeno perché non sia stata esclusa dai contraenti, non si produrrà l’effetto negativo sopra descritto, perché il rinunciante avrebbe solo deciso di non avvalersi di una delle tutele che il codice appresta, la risoluzione appunto, potendo invece ottenere quella alternativa.”*

cumplimiento no es posible, no sólo por imposibilidad física o jurídica sino por algo más prosaico como que el deudor no pueda pagar el precio, debe poderse recuperar la resolución. En suma, me parece que cumplimiento y resolución son dos remedios que confiere el ordenamiento, el agraviado puede usar uno u otro, incluso puede disponer preventivamente de la resolución, pero esa elección y/o disposición no puede tener como efecto la pérdida de ambos.

De esta forma, la eliminación o limitación de la facultad resolutoria no puede producirse en aquellos supuestos en los que no hay posibilidad cabal de exigir el cumplimiento del contrato.²¹⁸ Ése es el límite principal a la renuncia a la facultad resolutoria, ésta no es admisible si no se asegura la posibilidad real y efectiva de acudir a la acción de cumplimiento, so pena de dejar inerme al acreedor de la prestación. Y la interdicción de la *inermidad* es un principio que impregna la regulación del principal contrato generador de obligaciones recíprocas, como es la compraventa. Efectivamente, el art. 1467 CC dispone que el vendedor no tiene obligación de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Así, el CC presta especial atención a evitar cualquier situación en que el vendedor pierde el precio y la cosa, de tal manera que reacciona anticipadamente y permite al vendedor no entregar si se corre inminente riesgo de perder el precio, a pesar de que todavía no ha habido incumplimiento por el comprador. Se anticipa la protección al incumplimiento mismo, a fin de evitar que el vendedor quede inerme, antes incluso del incumplimiento.

²¹⁸ MORALES MORENO, A. M., “Disposición adicional Primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio. General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. En *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Dirigidos por Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo L. Coordinados por Alfaro Águila-Real, J. Civitas. Madrid, 2002. Págs. 1168 - 1176.

Sucede sin embargo que esta conclusión me lleva a un nuevo interrogante, cual es el saber cuándo es todavía posible el cumplimiento y por tanto, cuándo el que ha renunciado al remedio resolutorio debe seguir interesándolo sin posibilidad de rescatar la facultad resolutoria. A este respecto, la buena fe y la valoración de los costes inherentes a forzar la acción de cumplimiento son de gran relevancia. La pretensión de cumplimiento no debe llevar aparejados costes desorbitados en relación a la posibilidad de resolver. En este sentido, sostengo también que el deudor que quiera hacer valer como excepción ante una pretensión de resolución la existencia de renuncia a la facultad resolutoria no bastará con que realice tal alegación *ex contrato* sino que deberá manifestar que la acción de cumplimiento es posible, ofrecer, en suma, el mismo. No digo que el deudor al que se le demanda instando la resolución no pueda oponerse a la misma sobre la base de que no concurre incumplimiento esencial o cualquier otro de los presupuestos que habilitan a ejercitar la resolución misma, podrá hacerlo, pero si su defensa incluye también, con carácter subsidiario –lo que será normal por existir la convención en ese sentido– la existencia de pacto de renuncia al remedio resolutorio, para hacerlo valer será necesario que ofrezca el cumplimiento y éste sea posible.

La cuestión entiendo que rememora en cierta medida la exigencia impuesta al fiador para hacer uso del beneficio de la excusión de bienes en la fianza (arts. 1830 y 1832 CC) al que se le exige manifestación de bienes concretos del afianzado. *Mutatis mutandis*, no basta pues con la alegación de la existencia de renuncia al remedio resolutorio, es preciso que la misma vaya acompañada de ofrecimiento de cumplimiento viable, sea específico o por equivalente. En mi opinión la exigencia consistente en que el deudor deba ofrecer el cumplimiento sería un requisito implícito al pacto de renuncia, porque ésta es válida en la medida, y sólo en la medida, en la que el cumplimiento es posible. La exigencia que trato, por tanto, no

creo que se justifique por una cuestión procesal relativa a que quien opone como excepción la renuncia es quien mejor disposición probatoria está para acreditar que existen otros bienes que aseguren que el cumplimiento es viable, se trata de algo inherente a la renuncia.

Dicho lo anterior la siguiente cuestión a tratar será la de qué pasa si el deudor, bien no hace ese ofrecimiento cabal de cumplimiento cuando excepciona la renuncia o bien el mismo es inviable o conlleva costes extraordinarios. En tales casos entiendo que el acreedor de la prestación recupera la facultad resolutoria, y ello por el propio fundamento de la renuncia. Quien renuncia al remedio lo hace porque quiere que el contrato se cumpla. Su interés se identifica de forma reforzada en el cumplimiento de suerte que la renuncia tiene como *conditio iuris* la posibilidad de cumplimiento, y esa *conditio iuris* se justifica precisamente en la interdicción de la *inermidad*. La ineficacia de la renuncia es predicado necesario de la imposibilidad de privar al acreedor, a la vez, del cumplimiento y de la resolución. El acreedor deberá tener garantizada la posibilidad de instar el cumplimiento *in natura* o, cuanto menos, por equivalente pecuniario.

El análisis que acaba de hacerse requiere, a mi juicio, de una apreciación adicional. A la hora de analizar la validez de la renuncia preventiva a la facultad resolutoria, se hace necesario distinguir entre la renuncia producida en contratos generadores de obligaciones de tracto instantáneo y en las que generan obligaciones de tracto sucesivo²¹⁹. En los primeros, con las salvedades que he mencionado hasta

²¹⁹ En cuanto a lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, la STS de 21 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5570] destaca en su apartado 24, que: “En nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable

este momento, no debería haber problemas en la admisión de la renuncia preventiva. No obstante, en los segundos, la admisibilidad de la eliminación del remedio resolutorio plantea una problemática específica inherente a este tipo de obligaciones, que se caracterizan por constituir prestaciones de ejecución periódica.

Entiendo que la mejor manera de aproximarse a la cuestión es utilizando ejemplos. Una de las figuras paradigmáticas del contrato generador de obligaciones recíprocas de tracto sucesivo es el suministro. Por medio de dicho contrato, las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables.²²⁰ Pues bien, en ejecución del contrato de suministro puede ocurrir que dentro del programa de entregas el

dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes."

²²⁰ La citada STS de 21 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5570] subraya que (apartados 25 y 26): "A diferencia de otros ordenamientos que recogen un concepto general del contrato de suministro -como el italiano que en el art. 1559 establece que "[l]a somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose" (suministro es el contrato por el que una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar en favor de otro, una prestación continua o periódica)-, nuestro Código Civil carece de una definición general de dicho contrato, si bien el art. 9.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone que "[e]n todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. La jurisprudencia se ha referido al contrato de suministro en repetidas ocasiones -la sentencia 91/2002, de 7 febrero (RJ 2002, 2237) , afirma que " en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables" ; la 590/2002, de 13 junio (RJ 2002, 2237) , que "el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra «prestaciones periódicas o continuas» cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor" ; la 340/2003, de 3 abril, que el contrato de suministro es un "contrato único que da lugar a prestaciones periódicas" ; y la 22/2009, de 23 de enero (RJ 2009, 1270) , que "la sociedad demandante satisfacía las necesidades periódicas (...) con carácter duradero; todo ello, en base a una relación contractual por la que el suministrador o proveedor se había obligado a entregar sucesivas y periódicas cosas muebles a la segunda (suministrado) que se obligó a pagar un precio cierto y determinado".

proveedor compruebe cómo el cliente deja de pagar uno de los plazos de pago programados. En esa tesitura el proveedor muy probablemente optará por suspender el suministro en ejercicio legítimo de la *exceptio non adimpleti contractus*. Lo que ocurre es que el remedio puede resultar manifiestamente insuficiente puesto que el efecto de dicha excepción material se circunscribe a la suspensión de la exigibilidad de las prestaciones, pero no a la resolución del vínculo, que permanece vigente. De esta manera, si el cliente reanuda los pagos, purgará la suspensión del contrato como efecto de la *exceptio non adimpleti* y el vendedor se verá en la necesidad de reanudar las entregas. Y aquí es donde se pone a prueba la conclusión antes referida consistente en que la renuncia deviene ineficaz en aquellos supuestos en los que el cumplimiento no se ofrezca o, de ofrecerse, sea inviable. ¿Supone ello que el proveedor, por más incumplimientos que sucedan, si el cumplimiento sigue siendo posible, ha de mantener el negocio? La respuesta no puede ser afirmativa en todo caso.

Lo mismo ocurre en otro supuesto paradigmático de contrato de tracto sucesivo como es el arrendamiento de bienes. Ese contrato tiene la especialidad de que la *exceptio non adimpleti* tiene poca virtualidad por la existencia de desplazamiento posesorio previo. Estamos pensando en el supuesto de arrendador de local de negocio que, habiendo renunciado al remedio resolutorio, comprueba cómo su arrendatario empresario no paga la renta o incumple las demás obligaciones propias del contrato, como pueden ser la conservación del local arrendado. Más allá, en tales casos, de la nulidad de la renuncia *ex art. 1102 CC* si concurre dolo –como puede ser el caso de los daños intencionados al local alquilado– lo cierto es que la exigencia al arrendador de acudir la acción de cumplimiento en todos los supuestos en lo que no existe dolo o culpa grave puede ser excesivamente gravosa para él, especialmente si no va a poder utilizar la *exceptio non adimpleti* al estar, obviamente, la posesión del inmueble en manos del inquilino. ¿La solución es también en este

caso el ofrecimiento de cumplimiento y que éste sea viable, y que, de lo contrario, el acreedor podrá rescatar el remedio resolutorio?

En mi opinión, nuevamente, la cuestión debe resolverse desde el prisma de la buena fe y de la valoración de los costes inherentes a forzar la acción de cumplimiento frente a los costes de la resolución. Esto es, la renuncia al remedio resolutorio no sería nula en las obligaciones de tracto sucesivo, no obstante, cuando los costes de la acción de cumplimiento, por ser reiterado la necesidad de su uso, devengan excesivamente gravosos en relación a los costes de la resolución, se podrá plantear la posibilidad de recuperar el remedio. De hecho, manifestación de cuanto digo puede encontrarse en la institución de la enervación del desahucio que pongo como mero ejemplo, sin pretensión de aplicación analógica. Efectivamente, si el arrendatario no cumple su obligación esencial, cual es pagar la renta, el arrendador podrá instar la resolución del contrato, lo que ocurre es que el inquilino podrá rehabilitar el contrato pagando, aunque sea por una sola vez. El ordenamiento determina la posposición de la resolución condicionándola al cumplimiento de la prestación por el deudor, confirmando así cuanto decía: se puede eliminar la resolución, pero a costa de garantizar el cumplimiento. Ahora bien, esa posposición de la resolución, en las obligaciones de tracto sucesivo, ha de tener un límite, y ése, me parece, no es otro que el hecho de que los costes inherentes a la exigencia constante de acudir a las acciones de cumplimiento se tornen en excesivos, dificultando gravemente la posición del acreedor, gastos que en el arrendamiento el legislador concreta en una única posibilidad de enervación del desahucio por el arrendatario.

En suma, la ecuación renuncia al remedio resolutorio *versus* posibilidad cabal de exigir el cumplimiento sea *in natura* o por equivalente, entiendo debe

complementarse con la inexistencia de gastos desorbitados en la exigencia del cumplimiento mismo.

En el contexto de obligaciones de tracto sucesivo y de la existencia de renuncia a la facultad preventiva, interesa hacer mención al contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, puesto que entiendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al resolver litigios sobre dicho tipo de contrato, avala indirectamente la tesis aquí defendida sobre la ineficacia de la renuncia a la facultad resolutoria si no hay posibilidad de cumplimiento o implica *inermedad*.

Es decir, cuando estamos en presencia de un negocio de arrendamiento financiero vamos a encontrar, estructuralmente, dos contratos distintos. Un contrato de compraventa por el que la compañía de *leasing* procederá a adquirir del proveedor aquellos bienes previamente seleccionados por el usuario, y un contrato de arrendamiento por el que la sociedad de *leasing* cede durante cierto tiempo y a cambio de una renta la posesión y disfrute de tales bienes al usuario con opción de compra a la finalización del plazo pactado por el valor residual fijado en el contrato. Pues bien, es casi connatural al contrato de arrendamiento financiero la cláusula por la cual el usuario exime de responsabilidad al arrendador en relación al buen funcionamiento o idoneidad de los bienes, lo que puede llegarse a catalogar como la renuncia a la facultad resolutoria en el marco del arrendamiento si el bien objeto del arriendo no funciona. Pero nótese que lo que hace que esa renuncia sea válida es precisamente el que ha de llevar como contrapartida la subrogación convencional del usuario en la posición del arrendador frente al vendedor del bien, a fin de poder reclamar cuanto corresponda, incluso la resolución del contrato de compraventa mismo y, con ella, la del contrato de *leasing* que trae causa del anterior.

Efectivamente, la STS de 5 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2452] dispone en su fundamento de derecho 3º lo siguiente:

“[...] las partes litigantes están de acuerdo que el contrato celebrado por la entidad de leasing demandada y un tercero ajeno a esta litis Artes Gráficas Vicent, SL, es un contrato de esa naturaleza, creadora de derechos y obligaciones entre las partes contratantes y que han sido las que suscribieron la póliza, pero no respecto de un tercero como ha sido la entidad proveedora o suministradora al arrenda[dor], que lo hace en virtud de un contrato de compraventa con el arrenda[dor], que adquiere la propiedad objeto vendido, en virtud de ese contrato de compraventa, y como propietario, cede el uso del mismo a la entidad arrendataria, sin que se confundan ni se entrelazcan las relaciones entre uno y otro contrato, el de la venta y el de arrendamiento, aunque se haya permitido por la jurisprudencia, al arrendatario usuario, la subrogación en los derechos del comprador para hacerlo efectivo frente a vendedor, pero sólo en el caso de que el contrato de arrendamiento exista una cláusula en virtud de la cual se exima al arrendador de la responsabilidad del adecuado funcionamiento de la máquina dada en arrendamiento, ya que sólo en este caso, y para que la cláusula no sea considerada como abusiva, se le concede a la arrendataria la facultad de subrogarse en los derechos del comprador (sentencia 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927]), subrogación que no implica que asuma para los demás supuestos la condición del comprador, y pueda exigirse el pago del precio del negocio anterior, cuando en virtud del contrato de leasing la obligación que tiene el

arrendatario, es la del pago de las rentas o canon en los períodos fijados en el contrato del leasing.”

Del mismo modo la STS de 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927], en su fundamento de derecho 4º, establece que:

“Según la doctrina, y conforme a la sana práctica comercial, en los contratos de «leasing» es frecuente hallar como cláusulas independientes, o fundidas en una misma, tanto la exoneración de responsabilidad, respecto de las utilidades del bien entregado al usuario, como la cesión de acciones en favor del usuario, subrogándolo en los derechos que asisten a la entidad de crédito o financiera como compradora. La citada cláusula de exoneración cobra, en efecto, sentido en tanto en cuanto se pacte, al mismo tiempo, la correlativa transmisión de las acciones que tenga la entidad crediticia, en su calidad de compradora frente al vendedor en favor del usuario. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996\1264) destaca el carácter de contrapartida que tiene tal cesión, al poner de relieve que la sociedad de «leasing» no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como compensación de ello, subroga (con subrogación convencional expresamente pactada) al arrendatario-usuario en toda las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora. En otro supuesto la cláusula de exoneración habría de entenderse abusiva y nula y habría de responder, en primer lugar, el arrendador financiero.” (Los subrayados sin míos).

De las citas jurisprudenciales en torno al contrato de *leasing* entiendo se refrenda la idea que he defendido. La cláusula de renuncia al remedio resolutorio es válida. El arrendador puede obtener dicha renuncia del usuario, quien no podrá ejercitar acciones frente al arrendador –entre ellas la resolución del arrendamiento financiero por no funcionamiento o inhabilidad del objeto-. Ahora bien, la validez de la renuncia se sostiene sobre la base de la subrogación convencional pactada entre arrendador y usuario que permite a éste último el ejercicio de acciones de forma directa frente al vendedor –como la resolución- cuestión que, de prosperar, llevará consigo también la del arrendamiento financiero. En suma, la renuncia al remedio resolutorio es admisible en la medida en la que no hay *inermidad* del arrendatario, y esa falta de *inermidad* se constata en la posibilidad de subrogación convencional. El Alto Tribunal es claro al decir que, si no hay esa subrogación, la renuncia no es admisible.²²¹

3.3.3.- Eficacia de la renuncia en situaciones concursales.

Para terminar este apartado en el que he concluido que la renuncia al remedio resolutorio exige que el cumplimiento *in natura* o por equivalente sea posible, de suerte que si no lo es el renunciante recuperaría el remedio a fin de no quedar inerme, resulta necesario centrarme en aquellos supuestos en los que, existiendo pacto de renuncia al remedio resolutorio, se produce una declaración de concurso de una de las partes y cómo dicha situación afecta a la cuestión objeto de esta tesis. Ya anticipo que la propia regulación concursal hace que, necesariamente,

²²¹ Nótese sin embargo que cuando el TS invalida la cláusula de exención para el caso de no haber posibilidad de subrogación lo hace sancionando la cláusula con terminología que, dicho con todo el respeto, no compartimos, puesto que literalmente reza: “*En otro supuesto la cláusula de exoneración habría de entenderse abusiva y nula y habría de responder, en primer lugar, el arrendador financiero.*” (el subrayado es mío). En nuestra opinión la cláusula de renuncia sería nula pero no por abusiva, puesto que ese concepto sólo debería predicarse en las relaciones entabladas entre un empresario y un consumidor.

la declaración de insolvencia deje sin efecto las renunciaciones al remedio resolutorio que, en su caso, se hubieran realizado.

Para alcanzar la conclusión que acabo de mencionar es necesario esbozar, en primer lugar, cuáles son los efectos de la declaración de concurso en los contratos con obligaciones recíprocas. Esa tarea me lleva a los arts. 61 y 62 LC.²²² El primero de los preceptos regula los efectos de la declaración de concurso en los contratos con obligaciones recíprocas y en él se constatan tres cuestiones que conviene retener.

- a) La primera es la de que en este tipo de contratos, si, en el momento de la declaración de concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente con sus obligaciones y la otra tuviese pendiente de cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
- b) La segunda es la de que si, en el momento de la declaración del concurso, existiesen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como a cargo de la otra parte, las prestaciones que correspondan al concursado se realizarán con cargo a la masa.²²³

²²² FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2013. Pág. 48: *“De este modo, el verdadero sentido de los artículos 61 y 62 LC debe entenderse como un régimen especial, propio del concurso, por el cual en algunos supuestos o cuando se dan algunas circunstancias específicas el concurso puede alterar las reglas generales del artículo 1124 CC e imponer unas reglas especiales que se aplican siempre en interés del concurso, es decir, evitando automatismos.”*

²²³ En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos*, pág. 53: *“Este principio general supone que en todo caso toda obligación recíproca se mantiene en vigor declarado el concurso, sin embargo los efectos de esa vigencia serán distintos en función que la parte no concursada haya cumplido, agotado, sus obligaciones, en cuyo caso el crédito pendiente del concursado tendrá la consideración de crédito concursal –artículo 61.1 LC-, mientras que si quedan prestaciones pendientes de cumplimiento por*

- c) La tercera es que la administración concursal (en caso de suspensión) o el concursado (en caso de intervención), podrán pedir la resolución del contrato si lo estimaren conveniente para el interés del concurso. Interesa poner de manifiesto aquí que esta resolución no es por incumplimiento.²²⁴

De esta forma si en el momento de declararse el concurso el concursado tenía pendiente de cobro alguna cantidad por un servicio prestado o venta efectuada, dicho crédito formará parte de la masa activa del concurso, y será oportunamente reclamado por la administración concursal. Por otra parte, si en la fecha de declaración de concurso el concursado había adquirido y recibido mercancía, por ejemplo, materias primas, y todavía no las hubiera pagado, esa deuda pasará a formar parte de la masa pasiva del concurso, viéndose afectado de esta manera el

ambas partes el efecto que lleva aparejado es que las prestaciones que dependan del concursado se harán con cargo a la masa.”

²²⁴ Sobre este particular véase, entre otras muchas, la SAP Barcelona, Sección 15ª, de 9 de mayo de 2012 [AC 2012,1298], en cuyo FJ 3º puede leerse: “Además, debe significarse que la pretensión de la actora es la resolución de los contratos en interés del concurso, con arreglo al art. 61.2 LC, debido a la imposibilidad de cumplir con su obligación de entrega de las fincas objeto del contrato. La cuestión litigiosa debe pues centrarse en la procedencia de la resolución de conformidad con el art. 61.2 LC, esto es, en la resolución contractual por interés del concurso, distinta de la resolución por incumplimiento que prevé el apartado 1 del art. 62 LC.” Me parece relevante también la STS de 26 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2412] en materia de resolución: “En relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso (art. 62.3 LC). Pero en ambas casos se respetan los intereses de la parte in bonis. En el primero porque se le indemnizarán, con cargo a la masa, los daños y perjuicios que la resolución le haya deparado, sin perjuicio de la facultad del juez de moderar y determinar el alcance de dichos perjuicios (art. 61.2 LC); y en el segundo porque la continuación del contrato conllevará, para la parte in bonis, que se le abonen con cargo a la masa todas prestaciones debidas y las que se devenguen, en el caso de contratos de tracto sucesivo, en el futuro como consecuencia de la continuación del contrato (art. 62.3 LC).”

derecho de cobro del acreedor que estará y pasará por los efectos del concurso. Por último, si se había suscrito un contrato y sus prestaciones no han sido íntegramente cumplidas por ninguna de las dos partes, las prestaciones que correspondan al concursado se harán con cargo a la masa. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que el concursado inste la resolución del vínculo en interés del concurso, sin necesidad de que medie incumplimiento previo.

De lo anterior puedo concluir, a los efectos que aquí interesan, que aunque el acreedor que cumplió íntegramente no hubiera renunciado a la facultad resolutoria, si el deudor entra en concurso estando pendiente de cumplimiento su prestación, el acreedor no podrá acudir al remedio resolutorio a pesar de que no le van a pagar, al menos en las condiciones y términos pactados originariamente, puesto que se deberá estar a las quitas y/o esperas del convenio o a la suerte de la liquidación. Dicho de otra manera, en los casos de concurso del deudor estando sólo pendiente el cumplimiento de la prestación que a éste último le corresponde realizar, el hecho de que el acreedor haya renunciado a la facultad resolutoria por incumplimiento, ni quita ni añade nada, pues, por el mero hecho del concurso, la parte *in bonis* no va a poder resolver el contrato por el hecho de que le dejen de pagar el precio. Habrá de estar a las quitas y esperas que resulten del convenio o al resultado de la liquidación.²²⁵ Ésa es la situación que entiendo se recoge en la propia LC en este tipo de supuestos, imposibilidad de la parte *in bonis* cumplidora de resolver el contrato,

²²⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*. Editorial Bosch, Barcelona, 2009. Págs. 207-208: “Si el vendedor ya había cumplido con sus obligaciones y sólo el comprador estaba pendiente de cumplimiento, total o parcialmente, el crédito del vendedor por el precio se incluirá en la masa pasiva del concurso (cfr. art. 61.1 LC). [...]. Es precisamente como consecuencia del carácter concursal de su crédito que al vendedor le queda impedida la resolución por incumplimiento del comprador, tanto si el incumplimiento fue anterior como si fue posterior a la declaración del concurso.”

haya o no renunciado a la facultad resolutoria²²⁶. De dicho precepto se desprende algo que ya había sostenido con anterioridad. El hecho de que, en las obligaciones recíprocas, una de las partes se vea privada de la facultad de resolver, no desnaturaliza la obligación recíproca. Prueba de ello es que la propia LC priva de la facultad resolutoria a la parte *in bonis* que, habiendo cumplido, ve como no va a obtener el cumplimiento en los términos pactados. La cuestión de la privación del remedio se enmarca, ni más ni menos, que en el contexto de los remedios frente al incumplimiento, no en sede de causa contractual ni de naturalización de la obligación recíproca.

²²⁶ La posibilidad de resolver o no en los casos en los que el contrato se ha cumplido íntegramente por sólo una de las partes y la otra tuviere tuviese pendiente el cumplimiento de su prestación (art. 61.1 LC) no es una cuestión pacífica en la doctrina. Siguiendo a CAÑIZARES LAZO, A., “Los efectos de la declaración del concurso en relación a los contratos celebrados por el concursado (Especial consideración del incumplimiento del concursado)”. RDPAT. Nº 28. 2012. Editorial Aranzadi. Págs. 121-145, existen principalmente tres posibles interpretaciones en torno a la cuestión. La primera consistiría en sostener que una vez declarado el concurso no se puede resolver porque la LC limita la resolución a los casos del art. 61.2, haciendo una interpretación *a sensu contrario* del artículo 62.1 LC. La segunda parte de distinguir si el que ha cumplido íntegramente y pretende resolver es la parte *in bonis* del supuesto en que el que ha cumplido íntegramente es la parte concursada y el incumplidor es la parte *in bonis*. Si el que ha cumplido es la parte *in bonis*, de permitírsele la resolución ésta parte podría recuperar un bien que ha entrado a formar parte de la masa activa del concurso, lo que vulneraría la *par conditio creditorum*. Por el contrario, si quien ha cumplido es el concursado y pretende resolver, cabría la posibilidad de resolución, ya sea por incumplimiento anterior o posterior al concurso. Lo que ocurre es que tampoco de la lectura del artículo 62.2 LC puede deducirse sin ambages la prohibición de la resolución a la parte *in bonis*. Haría falta algún argumento adicional al de la interpretación *a sensu contrario*. La tercera de las interpretaciones pasaría por entender que el juego de los artículos 61.1 y 62.1 no altera el régimen general de la resolución previsto en el 1.124 CC de suerte que frente a un incumplimiento, la parte cumplidora, sea la concursada o la parte *in bonis* no se ve privada del remedio resolutorio.

Mi posición a este respecto, como se desprende del texto, es la de que la LC altera el sistema de resolución por incumplimiento recogido en el artículo 1124 CC en el sentido de que la parte *in bonis* que ha cumplido íntegramente, no habiéndolo hecho la concursada, no puede resolver el contrato porque de lo contrario se atentaría contra el principio de la *pars conditio creditorum* al producirse, fruto de la resolución, la salida de un bien que ha pasado a formar parte de la masa activa. A esta interpretación contribuiría, como defiende la autora antes citada, el que el artículo 55 LC impide ejercitar acciones ejecutivas a la parte *in bonis* siendo contradictorio que se permitiera la resolución si se prohíbe lo anterior.

Por otra parte, de conformidad con el precepto que ahora analizo, la administración concursal –en caso de suspensión- o el concursado –en caso de intervención- podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso, previéndose a tal efecto una comparecencia ante el Juez del concurso para ver si hay posibilidad de pactar los efectos de la resolución y, en caso contrario, sustanciándose las diferencias por el cauce procesal del incidente concursal tras el cual el juez decidirá acerca de la resolución acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

En este caso, aunque el concursado hubiera renunciado previamente a la resolución por incumplimiento, el interés del concurso permitiría a la administración concursal o al concursado interesar la referida resolución “*si lo estimaran conveniente al interés del concurso*” –sin incumplimiento-, de manera que esa posible renuncia queda vacía de contenido. En la medida en la que en todo caso se podrá instar, en interés del concurso, la resolución del contrato sin incumplimiento previo, toda posible renuncia por el concursado a la facultad resolutoria por incumplimiento deviene irrelevante.

Por lo que respecta al art. 62 LC, éste sí propiamente referido a los efectos de la declaración del concurso sobre la resolución por incumplimiento, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) En los contratos de tracto único parecería que sólo se podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si dicho incumplimiento es posterior a la declaración del concurso.²²⁷

²²⁷ La resolución basada en incumplimientos anteriores a la declaración de concurso vendría a suponer una alteración de la naturaleza de los créditos contraria al principio de *pars conditio creditorum* (SAP

- b) Si el contrato es de tracto sucesivo, la facultad resolutoria por incumplimiento del concursado también podrá ejercitarse por el acreedor cuando el incumplimiento haya sido anterior.²²⁸
- c) Aunque exista causa de resolución del contrato, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

De lo anterior se constata que la distinción entre contratos de tracto único o de tracto sucesivo determinará, en función de cuando se haya producido el incumplimiento resolutorio en relación a la declaración del concurso, que pueda ejercitarse o no la facultad resolutoria una vez declarado éste. Pero se constata también que, aunque haya resolución, se puede imponer el cumplimiento en interés del concurso.²²⁹ En suma, y a modo de conclusión de todo lo anterior.

de Madrid de 12 de marzo de 2010 [AC 2010, 970] , y SAP de Vizcaya, de 14 de abril de 2011 [AC 2011, 1942]).

²²⁸ STS de 25 de julio de 2013 [RJ 4092, 2013], que en su FJ 6º dispone: “Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.” V. más recientemente SSTs de 29 de junio y de 19 de julio de 2016 [RJ 2016, 3159 y 3422]. Mantiene una posición más flexible en la interpretación del artículo 62.2 FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos*, págs. 68-71.

²²⁹ V. a estos efectos FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos*, pág. 51: “Como ya se ha indicado, el alcance de los artículos 61 y 62 de la LC es que permiten trastocar las reglas generales que, en cuanto a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, establece el artículo 1124 del Código civil y el artículo 1256 CC –la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes- en cuanto permite que, en interés del concurso, contratos que se cumplen el principio con normalidad puedan ser resueltos a instancia de la administración concursal apelando a dicho interés del concurso, y contratos incumplidos por el concursado, sin embargo, puedan ser rehabilitados incluso

1º.- Si quien renuncia a la facultad resolutoria por incumplimiento es declarado en concurso, esa renuncia pierde por completo su sentido en la medida en que el ordenamiento confiere al concursado la posibilidad de resolver el contrato, sin incumplimiento, en interés del concurso. De manera que el concursado va a poder resolver siempre el vínculo, pues quien puede lo más –resolver la relación aún sin incumplimiento- ha de poder lo menos -resolver la relación por incumplimiento-, siendo el artículo 61.2.II LC de carácter imperativo.

2º.- Si quien renuncia a la facultad resolutoria es la parte *in bonis* -en los casos en los que la LC permite a dicha parte acudir al remedio resolutorio- la renuncia deviene ineficaz porque, según he mantenido, ése es el efecto en los casos en los que no se garantiza al acreedor el cumplimiento *in natura* o por equivalencia, que será la situación generalizada en situaciones concursales. Pero eso no significa que el acreedor vaya a tener una facultad resolutoria amplia, sino todo lo contrario, en primer lugar porque su viabilidad dependerá de si el contrato es de tracto sucesivo o único, así como del momento de la declaración del concurso en relación a la resolución y, en segundo lugar, puesto que, aunque la ejercite, se le puede imponer el cumplimiento del contrato en interés del concurso.

en contra del parecer del acreedor in bonis. De igual modo la redacción del artículo 62 determina que no sea el acreedor in bonis sino el interés del concurso lo que permita la exigencia de cumplimiento en todo caso en vez de la resolución.” En sentido similar v. MARTÍNEZ FLÓREZ A., “Artículo 62”. En Comentario de la Ley Concursal. Dirigido por Rojo A., Beltrán, E. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 1162-1163: “La Ley Concursal introduce, sin embargo, algunas modificaciones importantes en el régimen de la resolución. En primer lugar, la facultad de resolución debe ejercitarse ante el juez; no puede hacerse extrajudicialmente. Y, en segundo lugar, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato. El interés del concurso puede conducir a la desvinculación del contrato (a la resolución en interés del concurso: art. 61.2-II); pero puede llevar también a impedir dicha desvinculación ante un incumplimiento de la parte concursada o de sus representantes, autorizando al juez, ante la existencia de la causa de resolución, a acordar el cumplimiento del contrato cuando así lo exija el interés del concurso (art. 62.3).”

3.4.- Cuarto límite: incumplimientos dolosos.

El art. 1102 CC dispone, como norma inderogable por las partes, que “[l]a responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. De dicho precepto se constata que cualquier pacto de modificación de la responsabilidad, ya sea limitativo de la misma o excluyente, tiene como barrera infranqueable el dolo.²³⁰ La responsabilidad procedente del dolo no puede ser ni excluida ni limitada. La responsabilidad ha de ser íntegra en tales casos, así se desprende igualmente del art. 1107.2 CC.²³¹

Al hablar del dolo me refiero al supuesto en que el deudor incumple su obligación de forma consciente y voluntaria, sin que sea necesario un propósito especial de dañar al acreedor. Así, ya la STS de 9 de marzo de 1962 [RJ 1962, 1230] establecía que para la existencia del dolo “no hace falta la intención de perjudicar o dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico, que con su actividad ejecuta algo que le está prohibido por el ordenamiento jurídico y hace lo que no debe hacer, debiendo

²³⁰ La declaración ha sido una constante histórica: Las Partidas (5, 11, Ley 29) ya explicaban que “los engaños fechos en ante de la promission se pueden quitar por pleito, non los que pudiessen facer después del día en que fue fecha la promission; porque los tales pleitos podrían dar carrera a los omes de facer mal.” Y GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852. Ed. Base. T-III. Reimp., Barcelona, 1973. Pág. 49, concluía que al hilo del entonces art. 1012 que “[...] la responsabilidad procedente del dolo tiene lugar en todos los contratos cualquier pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de reclamarla será nulo.”

Es igualmente clara la previsión al respecto en derecho civil italiano; v. art. 1229 *Codice Civile*: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazioni di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.”

²³¹ Por todos, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad*, pág. 361.

*entenderse dolosamente queridos los resultados, que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia de la acción”.*²³²

Precisamente sobre la base de dicha definición, y ligado a la misma, el art. 1107 CC permite distinguir entre dos tipos de deudores, el de buena fe y el de mala fe, de forma que mientras el primero -el deudor meramente negligente-, sólo responde de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento -y entre ellos cabría pacto de limitación- el deudor doloso responderá de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.²³³

El art. 1102 nada dice en relación a la tradicional equiparación del dolo con la culpa grave (*culpa lata dolo aequiparatur*). Sin embargo, la omisión del CC al concepto de culpa *lata* no impide que debamos considerar, a estos efectos, ambos ilícitos como equiparables. Ello es así porque la cláusula de exención de responsabilidad por culpa *lata* podría dar lugar a una falta total de responsabilidad de deudor por incumplimiento de la obligación ya que probar la responsabilidad por

²³² V. también STS de 4 de julio de 1953 [RJ 1953, 2017] y la STS de 23 de febrero de 1973 [RJ 1973, 538]. No se muestra conforme GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento”, pág. 11, para quien “[n]o obstante la posición dominante en jurisprudencia (y también en doctrina), lo cierto es que existen argumentos muy sólidos en Derecho español para reservar la calificación de incumplimiento doloso, a los efectos de los arts. 1102 y 1107 CC, que son los ámbitos de mayor relevancia de tal calificación, a los incumplimientos que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales. La simple conciencia y voluntariedad presentes en la conducta constitutiva de un incumplimiento contractual no reúne los requisitos que hacen a un incumplimiento merecedor de un trato diferente (bajo los arts. 1102 y 1107 CC) al que recibe un incumplimiento nada más culpable o negligente por parte de un contratante.”

²³³ V., entre otras, la STS de 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4249] y la STS de 23 de octubre de 1984 [RJ 1948, 4971].

dolo implica probar que el incumplimiento es voluntario y con conciencia de la antijuridicidad del acto, tarea que puede resultar compleja. Además, la utilidad de la culpa *lata* estriba precisamente en el hecho de atribuir al ilícito gravemente contrario a la buena fe, las consecuencias del acto doloso sin tener que probar la existencia del elemento intencional o volitivo propio del último.²³⁴

De esta forma, la equiparación entre dolo y culpa grave se sustenta en evidentes razones prácticas puesto que va a resultar de gran complejidad distinguir en el tráfico cuándo en la actuación del deudor media dolo o cuándo culpa grave. Limitar por tanto el 1102 CC al concepto dolo, excluyendo culpa *lata*, complicaría extremadamente la aplicación del precepto atendida la extrema dificultad de probar el dolo²³⁵, complejidad probatoria que favorecería injustificadamente al deudor doloso quien, consciente de dicha dificultad, alegaría siempre haber obrado culposamente, tratando además de beneficiarse de la presunción de buena fe que preside nuestro ordenamiento. El límite del dolo y la culpa grave vendría impuesto por la propia idea de la obligación puesto que si se admitiese en esos casos la exoneración faltaría el propio vínculo obligatorio, quedando el cumplimiento de lo convenido al arbitrio de una sola de las partes, en clara contravención con el art. 1256 CC.

El dolo y la culpa grave son pues límites que se integrarían dentro del art. 1255, en lo que se refiere a que cualquier ejercicio de la autonomía ha de respetar la

²³⁴ VERDA Y BEAMONTE, J., "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español". RDPAT. Nº 15. 2005. Pág. 35. V. igualmente STS de 18 de junio de 1990 [RJ 1990, 4764] y STS de 2 de julio de 1992 [RJ 1992, 6502].

²³⁵ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad*, págs. 362-363.

ley imperativa y ésta, con carácter general, prohíbe la renuncia a la acción que proviene del dolo, art. 1102 CC.²³⁶

3.5.- Quinto límite: la moral, el orden público y el no perjuicio a terceros.

Además de la ley, en su vertiente general y particular antes referida, constituye límite al pacto de renuncia preventiva de facultad resolutoria la moral y el orden público. Dichos límites van a operar incluso cuando el pacto de renuncia haya pasado los filtros comentados más arriba puesto que moral y orden público aparecen con sustantividad propia en el art. 1255 CC, de suerte que aunque el pacto no sea contrario a los límites arriba descritos, si no supera el filtro de la moral y el orden público, deberá igualmente reputarse nulo.

Moral y orden público enlazan directamente con los valores y principios esenciales que vertebran el ordenamiento. Tales valores y principios tienen su traducción inmediata en las más elementales exigencias de la dignidad de la persona, su integridad física y moral y los derechos que, de forma inalienable, reconoce la CE. Sobre esa base puedo hablar de la imposibilidad de admitir el pacto de renuncia preventiva a la facultad resolutoria en los supuestos en los que, por las circunstancias concurrentes, el mantenimiento del vínculo atenta contra la seguridad física o la dignidad de la persona. Pensemos, por ejemplo, en el contrato de transporte de personas en el que la compañía que lo presta no cumple las mínimas exigencias de seguridad. O la compañía que presta un servicio de limpieza industrial que infringe el plan de prevención de riesgos laborales de la empresa en la que realiza el servicio,

²³⁶ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas*, pág. 139, donde se pone de manifiesto que eliminar la responsabilidad por dolo es suprimir el contrato mismo, concluyéndose que, en tal caso, se estaría yendo contra las bases de la organización social vigente, es decir, se estaría actuando contra el orden público.

poniendo en peligro la integridad física de los trabajadores. En tales casos, el pacto de renuncia a la resolución deviene nulo y el contratante que ve como la contraparte incurre en esas conductas va a poder hacer valer la resolución. Fuera de esta especial casuística, no veo que la resolución contractual preserve el respeto a ningún derecho o libertad que merezca integrar el concepto de orden público.²³⁷

También constituye un límite a la renuncia el recogido en el art. 6.2 CC al disponer que la renuncia no puede causar perjuicio a terceros. Se hace difícil imaginar cuándo la renuncia preventiva a la facultad resolutoria es susceptible de perjudicar a terceros, pues no estamos propiamente ante un derecho subjetivo sino ante una derecho potestativo o de configuración jurídica, y, en cuanto al mismo, aquellos terceros siguen bajo la consecuencia del *res inter alios acta* en su sentido más intenso. Es posible que, ante un incumplimiento contractual, la inacción del acreedor/deudor de terceros pueda perjudicar a estos últimos, pero más complicado es asumir que la renuncia a la resolución por incumplimiento, dejando viable la salida del cumplimiento forzoso, pueda ser fuente de un perjuicio ilegítimo.²³⁸

²³⁷ Por ejemplo: la renuncia anticipada a la facultad de disolver o denunciar la sociedad civil de duración ilimitada prevista en el art. 1705 CC, sí podría atentar contra el orden público, pues dicha norma salvaguarda la libertad del individuo a través de la prohibición de vincularse a perpetuidad. Así lo han defendido CAPILLA RONCERO, F., "Artículos 1.665 a 1.708". En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. Tomo XXI. Vol. 1º. EDESA. Madrid, 1986. Pág. 669, y QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *Disolución*, págs. 80-86.

²³⁸ No resulta tarea sencilla encontrar un supuesto en el que la renuncia al remedio perjudique a tercero. Acaso los supuestos derivados del art. 1111 CC referidos al ejercicio de la acción subrogatoria, esto es, los casos en los que el tercer acreedor ve como su deudor es acreedor en una relación recíproca y renunció a la facultad resolutoria. Pero va a resultar muy complejo el sostener que el tercer acreedor pueda ejercitar en vía subrogatoria la facultad de su deudor de resolver. En contra de esta posibilidad se muestra JORDANO FRAGA, F., *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (Art. 1.111 Cc.) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1996. Págs. 143-145. Con respecto a la posibilidad de ejercitar la resolución por la vía subrogatoria con carácter general –no tratando el tema de la renuncia– se ha pronunciado ATAZ LÓPEZ, J., *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 99: "En cuanto a la facultad resolutoria del artículo 1.124, en principio parece que los acreedores podrían ejercerla para así proteger a su deudor de un incumplimiento que le perjudique. Aunque puede haber algún inconveniente para admitir que sean los acreedores los que opten entre la condena al

Ligado a la cuestión relativa al perjuicio a tercero, se encuentra el tema de la cesión del contrato. La pregunta que ha de hacerse en tales casos es: ¿vale la renuncia?, y ¿en qué medida afecta al cesionario?

En el negocio de cesión existe un contrato entre el cedente y el cesionario por medio del cual aquél cede su posición contractual a éste. Se cede toda la posición, por lo que se incluye la renuncia al remedio. La cesión del contrato, a diferencia de la cesión del crédito, ha de ser aceptada también por el cedido, esto es, por la otra parte del contrato original, beneficiado por la renuncia. Así las cosas, la cesión incluirá la renuncia a la resolución. Ahora bien, la pregunta es qué pasa si el cedente no informó al cesionario de algún elemento de relevancia en orden a la renuncia. Es decir, de aquellas circunstancias descritas en el epígrafe 3.1 del presente capítulo. Pues bien, en tales casos, entiendo el cesionario podrá impugnar la cesión y/o reclamar la oportuna indemnización de daños y perjuicios a su cedente, ya que el papel del cedido es, en principio, el de simple aceptación de la cesión contractual. Lo que resultará más complejo es que el cesionario pretendiera que se declarara la nulidad de la renuncia directamente. Tales casos sólo deberían admitirse si ha mediado dolo en la persona del cedente y del cedido, por conocer ambos circunstancias relevantes en torno al cumplimiento de la obligación y haber omitido su información al cesionario. Sin perjuicio de la complejidad que pueda encerrar lo anterior, no hay que olvidar que la renuncia sólo es válida si el cumplimiento de la obligación es posible, por lo que el cesionario siempre podrá valerse de dicha circunstancia para recuperar la resolución, lo que resolverá la gran parte de situaciones que pudieran derivarse en casos de cesión de contrato.

cumplimiento forzoso o la resolución con daños y perjuicios. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que los acreedores pueden interponer, en lugar de su deudor, la exceptio non adimpleti contractus.”

4.- El papel de la buena fe.

La intención del art. 1258 CC en lo que se refiere al deber de buena fe consiste en integrar lagunas y establecer deberes implícitos con cargo a las partes. Cuando el precepto establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, está postulando una función integradora del deber de prestación de las partes, de forma que está lejos de lo que pudiera considerarse control de contenido de la prestación contractual misma. Es cierto que la buena fe ha dado un salto cualitativo importante la regulación de relaciones en las que interviene un consumidor en tanto que el art. 82.1 TRLGDCU eleva la categoría a parámetro de control de contenido²³⁹, pero ese salto no ha acontecido en los supuestos en los que la relación no es de consumo. Ni tampoco cuando la contratación ajena al consumo se hace por medio de condiciones generales. En efecto, cuando el art. 8 de la LCGC dispone que, en los supuestos en los que el destinatario del bien o servicio no sea un consumidor, serán nulas las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva y, acto seguido, concreta que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, lo que está dejando claro es que el control de contenido es ajeno a la relación en la que no interviene el consumidor, de forma que la buena fe -que ex art. 82.1 TRLGDCU sí ha dado el salto a la categoría de control de validez en sede de consumo- se mantiene como mecanismo de integración las relaciones sujetas al CC, sin ir más allá.

²³⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, págs. 776-777.

De esta forma no me parece que la buena fe, rectamente interpretada, suponga un control de validez adicional a la cláusula de renuncia a la facultad resolutoria. Lo que ocurre es que supondrá un valiosísimo mecanismo integrador de lo que hayan de ser los deberes implícitos de las partes (apreciable de oficio). Así las cosas, la buena fe, junto a la prohibición del abuso de derecho proscrito en el art. 7 CC, permitirán integrar el pacto de renuncia y constatar si su ejercicio se desvía del cauce exigido.²⁴⁰ Y me parece que esa función no ha de ser en absoluto minusvalorada puesto que en muchas ocasiones, por la vía de la interpretación del contrato o del control del ejercicio de la excepción de renuncia convencional a la facultad resolutoria, los tribunales de justicia van a atemperar su ejercicio. Dicho de otra manera, si bien la buena fe no debería suponer control de validez de la cláusula, desde luego, y junto al expediente del abuso de derecho, sí lo es a nivel de control de ejercicio, y por medio de ese control se va a poder privar de virtualidad a la cláusula en función de las circunstancias que concurran. Constituyen ejemplos de esa función precisamente la posibilidad de su uso como vara de medir en la necesaria verificación en relación a la existencia o no de posibilidad de cumplimiento cabal como limitación a la facultad resolutoria, o la existencia de elevados costes derivados de la exigencia de acudir al cumplimiento.

²⁴⁰ V., entre otras muchas, la STS de 2 de febrero de 1984 [RJ 1984, 571] en la que, precisamente en un caso de pretensión resolutoria sobre la base de condición resolutoria expresa, se deniega la misma sobre la base de que el ejercicio de esa facultad, en atención a las circunstancias, es oportunista (considerando segundo): “[...] como tiene proclamado esta Sala en sentencias, entre otras, de 24 febrero y 22 septiembre 1959, la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, pues que el principio de buena fe, por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; aparte que la teoría del abuso de derecho, inicialmente reconocida por la jurisprudencia y actualmente expresamente acogida en el meritado párr. 2.º del art. 7.º del C. Civ., en concordancia con el principio de buena fe proclamado en el párr. 1.º del mismo precepto legal, debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual, que, como en el presente caso ocurre, evidencian una actuación no adecuada al verdadero espíritu y finalidad de la norma en que el derecho ejercitado se ampare.”

CAPÍTULO IV

LA RENUNCIA PREVENTIVA A LA RESOLUCIÓN EN CONTRATOS DE CONSUMO CON CONDICIONES GENERALES: ÁMBITO ESPECIAL

1.- Introducción al problema. Normativa de aplicación.

En páginas anteriores he abordado el tema de la renuncia a la facultad resolutoria en las relaciones regidas por el CC. Es en ellas en donde el art. 1255 CC cobra especial sentido permitiendo a las partes, a las que se les presupone igualdad en la negociación contractual,²⁴¹ que regulen sus intereses de la manera que entiendan procedente, pudiendo al efecto separarse de la facultad resolutoria por medio de la renuncia preventiva, siempre con las limitaciones antes analizadas. Ocurre sin embargo que existe otro escenario en el que, previsiblemente, no hay esa igualdad de las partes a la hora de negociar el acuerdo. Se trata de casos en los que una parte (el consumidor) ostenta una posición más débil en la negociación contractual que la otra parte (el empresario), y ésta acaba por imponer el contenido del futuro contrato a aquélla. El contratante débil se encuentra entonces en la tesitura de, bien contratar, asumiendo íntegramente el clausulado impuesto –que

²⁴¹ O, más exactamente, se presupone la ausencia de predisposición seriada de la regla contractual.

suele incluir importantes renunciaciones a sus derechos-, o bien no hacerlo, privándose de esa manera del bien o servicio que normalmente le resultará de utilidad en su vida y que, además, difícilmente podrá obtener de otro proveedor si no es aceptando condiciones muy similares a las impuestas por el primero.²⁴² La cuestión está entonces en preguntarse si, en tales casos, puede atribuirse a la adhesión valor de consentimiento contractual. La autonomía privada tiene como resultado que los contratos sean vinculantes en tanto en cuanto éstos han sido queridos por los contratantes en ejercicio de su libertad individual. Si falla ésta porque la única opción que se da al contratante es la adhesión al clausulado impuesto, la cuestión que se plantea es si realmente estamos ante un verdadero consentimiento contractual, en suma, si adhesión equivale a consentimiento.²⁴³

El fenómeno de la imposición de cláusulas al contratante más débil surge a finales del siglo XIX y principios del XX cuando los empresarios, amparados en el carácter generalmente dispositivo de los códigos civiles y mercantiles, predisponen pactos extremadamente protectores de su posición contractual en detrimento de quienes carecen de capacidad negociadora.²⁴⁴ Frente a esa circunstancia, los ordenamientos tardaron mucho en actuar eficazmente.²⁴⁵ Seguramente el mejor

²⁴² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Primera Edición. Ed. Bosch. Barcelona, 2008. Págs. 11-12.

²⁴³ V., por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. Primera Edición. Ed. Civitas. Madrid, 1991. Págs. 55-57.

²⁴⁴ GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Editorial RDP. Madrid, 1969. Págs. 4-5.

²⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Aranzadi. Sexta Edición. Pamplona, 2007. Págs. 438-439. En España los primeros hitos para enfrentarse a los problemas que se planteaban con la contratación a través de cláusulas generales impuestas se focalizó a través del art. 1288 CC en el principio de la *interpretatio contra proferentem* evitando, a través del mismo, la *oscuridad* de las condiciones generales (como posible síntoma de *abusividad*), aunque, como indica el referido autor, “estas consecuencias se produjeran más por vía de modificaciones de los textos de dichas condiciones que de una labor auténticamente

antecedente a la actual normativa protectora de los consumidores y usuarios sea la Ley alemana occidental de condiciones generales del negocio (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en adelante “AGBG”) de 1976. A partir de la AGBG se consolidan dos campos de actuación en la protección al contratante débil que van a reproducirse en la normativa posterior sobre la materia. Un primer mecanismo de protección dirigido a favorecer y permitir al adherente el conocimiento de la existencia, contenido y alcance de las cláusulas impuestas (control del tamaño de la letra o la necesidad de entrega previa del clausulado del contrato, concreción, claridad y sencillez en la redacción, accesibilidad y legibilidad; v. por ejemplo, art. 80 TRLGDCU) y un segundo que implicaría la ineficacia de determinadas cláusulas que, a pesar de ser conocidas por el futuro adherente, atentan contra la buena fe produciendo un grave desequilibrio en los derechos u obligaciones de las partes, en contra del contratante débil. Al primer mecanismo de protección se le ha venido en llamar “control de inclusión”; al segundo, “control de contenido”.²⁴⁶ A la hora de determinar qué cláusulas eran ineficaces por tener un contenido desproporcionadamente lesivo para el contratante débil la AGBG dispuso que, con carácter general, lo eran las estipulaciones contenidas en condiciones generales del negocio que perjudicaran al adherente de forma no equitativa en atención a los preceptos de la buena fe objetiva (párrafo 9 de la Ley)²⁴⁷.

interpretativa, que es lo que el precepto legal establece.” Otro hito en la moderna legislación española lo constituye el art. 3 de la LCS al referirse a normas aplicables a las condiciones generales de los contratos de seguro, al establecer que *“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados [...]. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.”*

²⁴⁶ Me ocuparé exclusivamente de este segundo control, por ser el que impacta de manera directa en el juicio de licitud de la cláusula desde su naturaleza sustantiva. Obviaré, pues, el control que más tiene que ver con el procedimiento o protocolo de incorporación de la cláusula (aquel control de inclusión) o el más ensalzado y discutido control que tiene que ver más con la inserción comprensible de la cláusula (control de transparencia, auspiciado sobre todo a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]).

²⁴⁷ GARCÍA AMIGO, M., “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”. RDP. 1978. Págs. 389-390.

Adicionalmente previó que, por el mismo motivo, podrían declararse ineficaces las cláusulas que aparecían en dos listas, la del párrafo 10 -que se presumían sin validez salvo que el juzgador entendiera que no reunían los requisitos de *abusividad* previstos en el párrafo 9- y las del párrafo 11 -que se tenían por ineficaces de forma automática-.²⁴⁸

La normativa alemana inspiró en gran medida a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se trata de una norma que establece, de forma similar a la AGBG, un control de inclusión -dirigido a verificar la claridad de las cláusulas impuestas (art. 5)- y un control de contenido (especialmente arts. 2, 3, 4 y 6), llamado a proscribir las cláusulas abusivas.²⁴⁹ En relación al control de contenido es importante remarcar que la propia Directiva recoge un listado de cláusulas que pueden considerarse abusivas, en el sentido de presunción admitiendo prueba en contra en función de si se cumplen o no los requisitos de *abusividad* del art. 3 de la Directiva.²⁵⁰

La Directiva se ha configurado como una normativa de mínimos, esto es, los ordenamientos europeos pueden aprobar normas que protejan en más a sus nacionales, pero nunca en menos de lo que se prevé en la referida norma comunitaria.²⁵¹ Una de las cuestiones que conviene retener en relación a la Directiva

²⁴⁸ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *Condiciones*, págs. 17-18.

²⁴⁹ Interesa transcribir el art. 3.1 de la Directiva que dispone: “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*”

²⁵⁰ El art. 3.3 de la Directiva dispone que “*El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.*” (El subrayado es mío).

²⁵¹ Nótese sin embargo que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores de 2008 acoge el modelo de la armonización plena al establecer su art.

es que su objeto de regulación no es sólo las condiciones generales sino las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre empresarios y consumidores. De esta forma, si bien sucederá con gran frecuencia que las cláusulas abusivas se encuentren en condiciones generales, no necesariamente puede ello acontecer, sino que es perfectamente posible que en un contrato entre empresario y consumidor, sin condiciones generales, exista una o varias cláusulas abusivas sobre las que tendrá completa incidencia y virtualidad la Directiva. Por otro lado, el control de la Directiva no va dirigido a corregir posibles desequilibrios económicos del contrato, sino déficits en el conjunto de derechos del consumidor impuestos en el contrato, de ahí precisamente que el art. 4.2 de la Directiva excluya del control de contenido cuestiones tales como la definición de lo que sea objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y servicios recibidos en contrapartida de la remuneración.²⁵²

4 lo siguiente: *“Armonización plena. Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores.”*

²⁵² Ha de tenerse en cuenta, respecto de las cláusulas referidas al objeto del contrato, el necesario control de transparencia. Así art. 4.2 de la Directiva y, entre otras, las SSTJCE de 21 de marzo de 2013 [TJCE 2013, 93] dictada en el asunto C-92/11 o la de 30 de abril de 2014 [TJCE 2014, 165] dictada en el asunto C-26/13. También la STJCE de 26 de febrero de 2015 [TJCE 2015, 93] asunto C-143/13. O la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088] y la más reciente STS de 23 de diciembre de 2015 [RJ 705/2015] que de forma descriptiva dispone: *“Por tanto, que las cláusulas que los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la LCGC) supone además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio [...]. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.”*

En España, antes de la referida Directiva se aprobó la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDCU) y después de la Directiva se aprobó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). Por medio del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Dicho Real Decreto Legislativo deroga varias leyes relativas a protección de consumidores y usuarios, aunque no así la LCGC. De esta forma, y sin perjuicio de otras leyes específicas relativas a materias concretas, la cuestión relativa a la protección de consumidores y usuarios se rige en suelo patrio, en la actualidad, por el TRLGDCU y por la LCGC.²⁵³

De lo que se trata ahora es de trasladar el debate de la renuncia preventiva a la facultad resolutoria del CC al ámbito de los contratos suscritos entre un consumidor y un empresario, a fin de constatar si las conclusiones a las que he llegado en sede de CC se mantienen en las relaciones de consumo. Voy a centrarme en la renuncia preventiva del consumidor o usuario, materia regulada principalmente en el art. 86.5 TRLGDCU si bien de necesaria relación con lo previsto en los arts. 85.5 y 87.1 del mismo cuerpo legal. Con carácter previo a analizar el pacto de renuncia conviene que me refiera al sistema de listado de cláusulas abusivas recogido en los arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

²⁵³ Dispone el art. 8 de la LCGC que “[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.” Adicionalmente, el referido art. dispone que son nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. De esta forma, de conformidad con el art. 8 LCGC no hay control de contenido por *abusividad* cuando las condiciones generales se incorporan a contratos en los que no sea parte un consumidor. Ahora bien, ello no significa que determinadas condiciones generales suscritas entre profesionales o empresarios no puedan reputarse nulas –tras un análisis sobre su contenido- por contradecir normas prohibitivas o imperativas, muy especialmente por atentar contra los límites existentes a la autonomía privada –art. 1255 CC- o contra la interdicción de la arbitrariedad recogida en el art. 1256 CC. En este sentido v. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos [...] Introducción Teoría General del Contrato*, pág. 457.

2.- La naturaleza del control de legalidad de los arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

En el ámbito de las relaciones privadas entabladas entre un empresario y un consumidor existe un control de legalidad de las cláusulas contractuales adicional al recogido en el art. 1255 CC. Es decir, si cuando estamos en presencia de contratantes empresarios el control de legalidad de las cláusulas pactadas por las partes en ejercicio de su autonomía privada se rige, principalmente, por lo recogido en el art. 1255 CC, en los casos en los que un contratante es consumidor se añade, a ese control general de legalidad, uno particular que viene dispuesto en el art. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU que recoge el régimen jurídico de las denominadas cláusulas abusivas. El concepto de cláusula abusiva se dispone en el art. 82 del TRLGDCU y de su atenta lectura se constata que presupone la existencia de varios elementos que conviene tener presente como antesala de lo que luego se dirá:

1º.- Es necesario que el contrato en el que esté integrada dicha cláusula sea entre empresarios y consumidores. Dicho de otra manera, en los contratos entre empresarios el control de legalidad es el propio del art. 1255 CC al que no se añade control de *abusividad*.²⁵⁴

2º.- La cláusula en cuestión no debe haber sido negociada individualmente ni debe consistir en una práctica consentida de forma expresa, de ahí que al hablar de esta materia haga mención a condición general o a cláusula predispuesta e impuesta,

²⁵⁴ Este es el sistema previsto por la legislación española que circunscribe el control de *abusividad* a las relaciones en la que una de las partes es un consumidor, así se desprende sin ambages de lo previsto en el art. 8.2 LCGC que dispone la nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con consumidores. Precisamente por ello, la LCGC traspuso la Directiva 93/13/CEE sin hacer mención a cláusulas abusivas y la LGCU introdujo y desarrolló el referido control de *abusividad*. En contra de limitar la protección relativa al control de contenido a la relación de consumo se muestra el art. 4.110 de las PDEC.

precisamente en atención al hecho de que su incorporación al contrato no ha sido fruto de una negociación individual entre las partes.²⁵⁵ Esta es la cuestión sobre la que va a pivotar el debate. Si hay imposición del clausulado por una de las partes, el pleno consentimiento contractual padece, por lo que parece sensato que el ordenamiento intervenga para compensar esa probable falta de plenitud, reconstituyéndola por medio del establecimiento de ciertos límites infranqueables. El problema está en decidir la envergadura de tales límites y encajarlos en la teoría general del contrato.²⁵⁶

3º.- La cláusula ha de superar el control previsto en el propio art. 82 del TRLGDCU, que se configura como general, y el control especial previsto en los arts. 85 a 90 del mismo cuerpo legal que recogen, a modo de pretendida lista negra, una serie de cláusulas que, en todo caso, se tendrán por abusivas según parece desprenderse de la dicción del apartado 4º del art. 82 y de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU. Luego ahondaré sobre cuántos listados existen realmente en el conjunto de los artículos 82.4 y 85 a 90 TRLGDCU y cuál es el verdadero color de los mismos y, en consecuencia, sobre la configuración de los límites a la autonomía de la voluntad en sede de legislación sobre consumidores.

²⁵⁵ Debe tenerse en cuenta que la normativa analizada parte de la distinción entre condiciones generales y cláusula abusiva. Ambos conceptos pueden coincidir, por ejemplo, cuando el consumidor acepta unas condiciones generales dentro de las cuales existen una o más cláusulas abusivas, pero puede ocurrir que no estemos en presencia de condiciones generales sino de un contrato realizado entre consumidor y empresario en el que éste último impone una cláusula que pueda ser considerada como abusiva. El concepto de cláusula no negociada es más amplio que el de condición general.

²⁵⁶ Así, la STS de 9 de mayo de 2013 [2013, 3088] en la que puede leerse: *“La cláusula es impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. No debe equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario”*.

Por otra parte, creo importante remarcar, por lo que luego se dirá, que las condiciones generales o cláusulas predispuestas no son intrínsecamente abusivas. Lo que hace a una cláusula abusiva no es sólo su contenido, sino muy especialmente el hecho de que se predique de una relación con un consumidor y que su contenido no haya sido fruto de negociación individualizada. Ello hace que el término “cláusula abusiva” en general no sea del todo acertado. Lo abusivo vendría constituido, además del contenido en sí de la cláusula, muy especialmente por el conjunto de circunstancias que rodean a la misma, en concreto por su imposición por un empresario a un consumidor.²⁵⁷ Esto me parece especialmente relevante ya que cuando hablamos de cláusula abusiva no estamos haciendo alusión a una categoría ontológica puesto que, el texto de una misma cláusula puede ser abusivo en unos casos y perfectamente lícito en otros. Todo dependerá de la forma en la que se haya incorporado al contrato (por ejemplo, con negociación individual o no, con respeto a la buena fe y sin causar desequilibrio entre los derechos u obligaciones de las partes o no).

La regulación sobre cláusulas abusivas en la Unión Europea parte, como se ha descrito, de la Directiva 93/13. Sin embargo existen importantes diferencias entre lo que dispone la Directiva y lo que aparece recogido en la legislación española. A diferencia de lo que sucede con la Directiva, en la que el legislador comunitario opta por recoger un concepto general de *abusividad* y acudir a un listado indicativo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas en función de las circunstancias concurrentes y del propio concepto general de *abusividad* (art. 3 de la Directiva en relación al Anexo de la misma), el legislador español opta por crear un sistema que, junto al concepto general de *abusividad* (recogido en el art. 82 TRLGCU), recoge lo que me atrevo a catalogar como sistema de multilista con un pretendido color

²⁵⁷ En este sentido vi. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 82”. En *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Dirigido por Cámara Lapuente, S. Colex. Madrid, 2011. Págs. 714-747.

negro.²⁵⁸ Y digo multilista porque el TRLGDCU contiene en mi opinión, tres listados diferentes como tendré oportunidad de comentar enseguida. Como veremos, acontece que dentro de los arts. 85 a 90 TRLGDCU el legislador español acude a categorías omnicomprendivas, que exceden de lo que está llamado a ser propiamente un sistema de lista negra, como es el mencionar, en el primer párrafo del art. 86 del TRLGDCU, que en cualquier caso son abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas, lo cual nos está llevando, a su vez, a una remisión en bloque al derecho dispositivo, que es tanto como remitirnos al todo. Esa forma de actuar, en mi opinión, denota que no puede darse por zanjado el debate acerca del color de los listados. El hecho de que el legislador aplique de forma indiscriminada el “[e]n todo caso” refiriéndolo tanto a cláusulas concretas como a cláusulas generales (las consabidas “*todo aquello que vaya contra el derecho dispositivo*”, o a las cláusulas que contienen la partícula “*de forma inadecuada*”) lo que denota es que el “*en todo caso*” no puede ser determinante en modo alguno del pretendido color negro de los listados. El hecho de que el legislador emplee con fruición el inciso “*en todo caso*” no determina el color

²⁵⁸ STS de 21 de abril de 2014 [RJ 2014, 3281] que establece: “*El control de abusividad de estas cláusulas predisuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas. En este listado se combinan normas que por su concreción responden al esquema aplicativo de las reglas, con otras más genéricas que responden más al esquema de los principios, por lo que exigen una tarea de ponderación y concreción, y que pueden considerarse como unas cláusulas generales más específicas. Lo que en la directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y ‘lista gris’, puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene ‘una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas’, en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y ‘lista negra’, en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas ‘en todo caso’ [...] Como consecuencia de lo expuesto, para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos ‘en todo caso’, de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.*”

negro, porque tal expresión la aplica también a cláusulas generales que gran parte de la doctrina entiende como necesariamente grises, de forma que la lista no es tan negra como parece en un primer momento²⁵⁹. La impropiedad en el uso de esa expresión le priva de sentido.

Empecemos tratando la mención del primer inciso del art. 86 relativa al derecho dispositivo y del consiguiente interrogante que plantea: ¿estamos en presencia, en cuanto a las relaciones de consumo se refiere, de la conversión en imperativo del derecho dispositivo? ¿No impone ello servidumbres más gravosas que el mal que se pretende atajar? Se ha sostenido que el derecho dispositivo es algo más que una simple regulación en defecto de convención expresa. Ya el profesor DE CASTRO, partiendo de la doctrina alemana, defendió a que las normas dispositivas están dotadas de cierto carácter imperativo por contenerse en ellas las

²⁵⁹ En este sentido v. CADARSO PALAU, J., "La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales". *La Ley*, 3, 2000. Págs. 1690-1694. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la Disposición Adicional Primera LCGC. Seis: Art. 10 bis.1 LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999. Págs. 753-769. También, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario al art. 82", pág. 744, al disponer: "Las listas de los arts. 85 a 90 del TR-LGDCU, según esto, es una lista mixta, porque mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren determinación de ciertos conceptos. En cualquier caso, sea el color que sea una lista, sus números requieren también interpretación." Por otro lado, autores que han mantenido que el legislador establece un sistema de lista negra, critican el referido color del listado, así PAGADOR LÓPEZ, J., "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación". *Derecho de los Negocios*. Año 9. Nº 97. 1998. Págs. 1-34, quien, en página 14, dispone que: "Asimismo, se puede constatar que el legislador ha tratado de asignar al catálogo el carácter de lista negra o de cláusulas en todo caso prohibidas, a diferencia de la solución adoptada por la Directiva. Parece, sin embargo, que semejante puntualización no posee excesiva trascendencia práctica, como pone de manifiesto la frecuencia con que este catálogo recurre al empleo de conceptos jurídicos indeterminados, y, por tanto, requeridos de una actividad interpretativa y valorativa previa, que es justamente lo que se trata de evitar mediante el empleo del sistema de lista negra". BOTANA GARCÍA, G. A., "Comentario a la Disposición adicional primera LCGC. Seis. Adición de una Disposición adicional primera (Cláusulas abusivas) LCU. Cláusula 1ª". En *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Coordinadores Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J. Tecnos. Madrid, 1999. Págs. 308-315, quien, en pág. 309 dispone que: "El legislador español ha considerado oportuno atribuir al listado o catálogo de cláusulas abusivas carácter vinculante ('tendrán') pero no exhaustivo ('al menos')." Si bien, ya en pág. 310, concreta que: "Atendiendo a la experiencia propiciada por la Directiva comunitaria, la fórmula española resulta excesivamente rígida, por no permitir que el Juez, valorando el caso concreto, declare la validez de la cláusula".

consecuencias naturales o típicas del cada contrato, lo que, según concluía, impediría desplazarlas sin una motivación suficiente.²⁶⁰ A mi juicio ese punto de partida resulta excelente en los supuestos de relaciones de consumo -en tanto la autonomía privada, al haber imposición, se encuentra limitada-, pero traslada el debate a la cuestión de en qué consiste esa motivación suficiente. Anticipo mi conclusión: me parece que esa motivación suficiente deviene precisamente del análisis de los parámetros contenidos en el art. 82 del TRLGCU y que ellos deben ser de aplicación siempre al analizar la relación de consumo salvo que estemos en presencia de cláusulas que, recogidas en los artículo 85 a 90 TRLGDCU, (i) sean objeto ya de prohibición por el derecho imperativo, por ejemplo, por ser derivaciones de la prohibición contenida en el artículo 1256 CC, o (ii) se trate de cláusulas que, si bien no se encuentran prohibidas por el derecho imperativo, se enuncien como abusivas de forma taxativa y sin posibilidad de interpretación por el TRLGDCU. Con ello me refiero a aquellas que se prohíben sin ambages, esto es, que no incluyan en su formulación menciones como “*de forma inadecuada*”, “*vinculación incondicionada*” o adverbios como “*excesivamente*”, “*insuficientemente*”, “*desproporcionadamente*”, “*únicamente*” o “*indisolublemente*” por citar los más flagrantes. Sólo en estos dos últimos supuestos la prohibición será automática y no será de aplicación el art. 82 del TRLGCU. Todo ello acaba por llevarme a grisear gran parte de las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 90 TRLGDCU -como enseguida desarrollaré- y remitirlas a un análisis en base a los parámetros del art. 82 TRLGDCU.²⁶¹

²⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). Segunda Edición, 1985. Reimpresión 2016. Pág. 80; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, págs. 361-362; y MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 82”, pág. 738.

²⁶¹ LLEBARÍA SAMPER, S., “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria: su contribución a la teoría general del contrato (o viceversa)”. RJC. 2008. 2. Pág. 404, n. 12.

3.- Delimitación de la cláusula abusiva a través de la buena fe y del derecho dispositivo. Listado, *rectius*, listados de cláusulas abusivas.

A mi modo de ver, la actuación del legislador en el TRLGDCU se basa en la fijación de un parámetro general, el previsto en el art. 82, ligando al mismo un sistema que me atrevo a agrupar en tres listados o categorías. Un primer listado incluiría aquellas cláusulas que de forma taxativa son declaradas por la ley como abusivas, sin posibilidad de mayor análisis. Sería el caso, a efectos de lo que a este trabajo interesa, del artículo 86.5 TRLGDCU. Un segundo listado estaría formado por cláusulas que, no estando o no formando parte del primer listado categórico, parten del derecho dispositivo. Por ejemplo, el supuesto recogido en el primer párrafo del artículo 86 TRLGDCU, así como las cláusulas que precisen de interpretación por ir unidas a formas adverbiales como “excesivamente”, “insuficientemente”, “desproporcionadamente”. Por último, un tercer listado que agruparía cláusulas que son emanaciones más o menos directas de la norma imperativa recogida, esencialmente, en el art. 1256 CC.

Con respecto al primer listado, el taxativo, no hay color gris que valga. Se trata de una lista negra. Estamos ante cláusulas abusivas sin mayor análisis porque así lo ha dispuesto la ley. Se trataría de cláusulas entre las que se encontrarían, además de la ya mencionada del art. 86.5 TRLGDCU, las referidas por ejemplo, a los arts. 86.2, 86.4, 86.6 TRLGDCU.

Con relación al segundo listado, el que parte del derecho dispositivo, éste sí que es de color gris. La *abusividad* de las cláusulas en él contenidas no se desprende de forma automática, sino que resulta necesaria una actividad de interpretación del juzgador, en especial al concurrir las fórmulas adverbiales antes referidas, y siendo necesario su confrontación con los parámetros generales del art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU.

Para entender bien este segundo listado creo importante remarcar que las cláusulas que en él se integran, es decir, las que derivan del derecho dispositivo, no constituyen derecho imperativo, pues no son contrarias ni a la ley, ni a la moral ni al orden público (art. 1255 CC). Dicho en otras palabras, el derecho dispositivo no se convierte en imperativo por aparecer cubierto bajo el manto del concepto de *abusividad*. El legislador lo que hace es establecer que para separarse del derecho dispositivo, en estas relaciones de consumo, se necesita que dicha separación tenga una justificación especial, justificación que no es otra que el test de art. 82 TRLGDCU. Y eso parece del todo acertado puesto que cuando el empresario impone una cláusula sin que el consumidor como parte débil haya podido negociar la misma, lo lógico es partir del esquema del derecho dispositivo por ser la composición de intereses más equilibrada en un estadio inicial.

Por último, y con relación a los listados que propiamente emanan del derecho imperativo, esencialmente del art. 1256 CC, esos son imperativos, porque lo eran antes de ser declarados abusivos –en muchos casos innecesariamente- por el TRLGDCU. De esta manera, si bien como cláusulas prohibidas uno tiende a decir que el listado que las contiene es de color negro, en esencia no podríamos hablar de colores con relación a las mismas –o acaso usar el azabache- porque resultan meras transposiciones del derecho cogente al ámbito del consumo. Me estoy refiriendo a aquellas cláusulas listadas que suponen que el cumplimiento del contrato queda al arbitrio del empresario, como pueden ser las cláusulas recogidas en los números 1, 3, 4, 5, 7 y 9 del art. 85 del TRLGDCU²⁶² y en especial la recogida en 85.11 TRLGDCU,

²⁶² V. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 82”, pág. 745, para quien tales cláusulas serían nulas en cualquier contrato.

esto es, la cláusula que suponga la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.²⁶³

El hecho de que entre los listados de *abusividad*, uno de ellos agrupe cláusulas que tiene su origen en el derecho imperativo, en concreto en el art. 1256 CC, entiendo permite abordar otro de los interrogantes que se plantean al analizar la cuestión de la protección a los consumidores por medio del TRLGDCU que es la relativa a que la protección vía cláusula abusiva se circunscriba a la relación de consumo y no abarque también la relación entre empresarios, especialmente en circunstancias en las que uno de ellos es un pequeño emprendedor que se ve obligado a aceptar las condiciones generales de otro empresario mucho más grande y establecido.²⁶⁴ De hecho, si acudimos al fundamento principal sobre el que suele

²⁶³ Ha de hacerse notar, como dispone LLEBARÍA SAMPER, S., “Capítulo 5: Límites a la arbitrariedad contractual en derecho español”. En *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*. Coordinadores Añoveros Terradas, B., Llebaría Samper, S. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 191-266 que, si bien existe una zona de confluencia entre el artículo 1256 CC y el 82 del TRLGDCU, no hay coincidencia plena entre el ámbito de protección de ambos preceptos o, dicho de otra forma, sólo con el art. 1256 CC no quedaría protegido tal y como hoy lo está el consumidor ex. artículo 82 y 85 a 90 TRLGDCU. En efecto, en palabras del citado autor, págs. 244 y 245: “Lo que sale de la cláusula abusiva no siempre cabe y entra en el art. 1256. Cierto es que muchos supuestos de cláusulas abusivas son también cláusulas arbitrarias desde la óptica del 1256, pero lo que no puede sostenerse es que solo las cláusulas que son arbitrarias según el 1256, son en el ámbito de consumo cláusulas abusivas.”

²⁶⁴ V. PASQUAU LIAÑO, M., “Capítulo 6: De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación”. En *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*. Coordinadores Añoveros Terradas, B., Llebaría Samper, S. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Pág. 274, en la que el autor constata que: “Quien actúa para un fin profesional, sea o no experto en la materia del contrato, no es consumidor. El criterio es cómodo, es manejable, pero es arbitrario, por no decir discriminatorio”.

Por otra parte, no son pocas las sentencias que admiten una aplicación analógica a la contratación entre empresarios de las normas de control de contenido recogidas en la legislación de consumidores. Así, la STS de 13 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8601] sobre contrato de leasing. La STS de 24 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1167] que considera generalmente aplicable la LCU como norma supletoria a la contratación entre empresarios. La STS de 18 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 6398] que declara la nulidad de un pacto de sumisión expresa acordado entre empresarios. La STS de 18 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9560] que utiliza el control de *abusividad* propio de la legislación sobre consumidores a un contrato de seguro marítimo. No es menos cierto es que el TS, en sentencias recientes, ha limitado la protección de consumo a contratación en las que hay un consumidor, así la STS de 30 de abril de

sostenerse la protección al consumidor, que no es otro que su falta de poder de negociación, no me parece que dicho fundamento sea exclusivo de la relación de consumo.²⁶⁵ Antes al contrario, ocurre con frecuencia en negociaciones entre empresarios de distinto tono el que uno de ellos tenga un poder que le permita imponer a otro sus condiciones generales.²⁶⁶ Con relación a este punto me parece relevante aludir a dos cuestiones.

2015 [RJ 1923, 2015] en cuyo Fundamento de Derecho quinto se recogen tres conclusiones del Alto Tribunal que merece la pena destacar: *“Varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto. La primera, que en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente. Una segunda conclusión sería que, en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Por último, el art. 1258 del Código Civil que se invoca por la recurrente contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el ‘contenido natural del contrato’. Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato.”* Pero, como pone de manifiesto PASQUAU LIAÑO, M. en la pág. 285 de la obra a la que se refiere esta nota, acontece que la referida STS, junto a esa declaración que parece tan terminante, hace un pronunciamiento del que puede desprenderse que la protección por vía analógica al no consumidor, siempre con todas las cautelas propias de tal institución, no parece una cuestión definitivamente vedada. En efecto, en su Fundamento de Derecho séptimo dispone que: *“En consecuencia, el demandado contrató en el sector que en aquel entonces constituía el giro o tráfico habitual de su actividad económica, la compra de viviendas sobre plano para revenderlas cuando su precio subiera. Por tal razón no procede si quiera entrar a considerar una posible aplicación extensiva o analógica de la protección que el TRLGDCU otorga a estos al caso de personas físicas comerciantes, empresarios o profesionales cuya actividad económica no pueda considerarse de gran envergadura y que pese a que actúen con un propósito no ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, hayan contratado en un sector ajeno al giro o tráfico habitual de su actividad.”*

Otras SSTS han considerado que un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación. Así SSTS de 10 de marzo de 2014 [RJ 853/2014], de 7 de abril de 2014 [RJ 1702, 2014] y de 28 de mayo de 2014 [RJ 2820, 2014].

²⁶⁵ En este sentido ya se pronunció ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones*, págs. 180-181.

²⁶⁶ Al debate ha contribuido sin lugar a dudas el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la LCGC, VIII párrafo, según el cual: *“Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la*

La primera es la relativa a la necesidad de distinguir entre *consideraciones personales* de las partes y *funciones* de las partes en el contrato. En efecto, en la relación de consumo el consumidor recibe la protección no tanto por su condición personal –puesto que esa misma persona puede actuar como empresario en otra relación- sino por la función que desarrolla en la relación y a la que la ley, teleológicamente, está llamada a proteger. La protección va dirigida propiamente al consumo más que al consumidor. Se prima la función económica del consumo como engranaje de la economía. Ciertamente es que el punto de partida de la protección al consumidor se encuentra en la necesidad de proteger su falta de poder de negociación, protegiendo así los abusos en la limitación a su autonomía privada, pero esa base no explica, como dije, que la protección se otorgue sólo al consumidor y no al empresario cuando en ocasiones su posición no dista de la mera adhesión sin negociación. Si el TRLGDCU protege sólo al consumidor y no al empresario es porque, entiendo, su base no está únicamente en ese homenaje a la autonomía privada y a que consentimiento es algo más que mera adhesión. El fundamento de la protección exclusivamente al consumidor debe ser, además del indicado, otro. En mi opinión, ese otro fundamento se encuentra en la intención de proteger el consumo como motor de la economía, como función en sí. Sólo así puede entenderse que no se proteja al empresario ya que parece claro que únicamente la protección de la autonomía privada no vale como fundamento de protección ya que existen

nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características de la contratación entre empresas.” En este sentido v. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Marcial Pons. Madrid, 1999, quien, en la pág. 224 establece que: *“Sin embargo, como decimos, el problema político-legislativo suscitado por la proliferación de clausulados contractuales prerredactados en el tráfico negocial afecta también, aunque en menor medida, a quienes actúan profesional o empresarialmente (y no por tanto, en calidad o condición consumidora), por lo que nada obsta a que reciba aplicación, por vía analógica, la cláusula general de control de contenido también en el caso de las cláusulas contractuales prerredactadas utilizadas entre profesionales y empresarios.”*

relaciones ajenas al consumo en las que, de igual forma, una de las partes sólo tiene posibilidad de adherirse al condicionado que le impone la otra.

La segunda cuestión a la que me quiero referir es a la protección otorgada por el art. 1256 CC, norma de derecho imperativo y que, por ende, opera igualmente en las relaciones entre empresarios y que, rectamente interpretado, amparará al pequeño empresario frente a parte de los excesos que puedan venir impuestos.²⁶⁷ Me parece ésta una cuestión de gran relevancia puesto que el hecho de que una parte de las cláusulas listadas en el TRLGDCU tenga su base -o sea concreción- en el art. 1256 CC hace que las especificaciones del art. 1256 CC que hace el TRLGDCU sean extrapolables y aplicables a las relaciones entre empresarios en las que ha habido imposición de condiciones generales.²⁶⁸ De esta forma, si como dije *ut supra*, una parte de los listados contenidos en los arts. 85 a 90 TRLGDCU es concreción del art. 1256 CC, y éste último precepto es aplicable también y especialmente en las relaciones ajenas al consumo, puedo concluir que esas concretas manifestaciones incluidas en los listados que tienen como base el art. 1256 CC son aplicables a las relaciones ajenas al consumo²⁶⁹. Esa conclusión, que es la que me parece adecuada, supondría entender el régimen de protección de consumidores y usuarios vigente como, en parte, un sistema de concreción y desarrollo del ya existente art. 1256 CC, precepto al que el TRLGDCU habría remarcado alguno de sus atributos, preexistentes en todo caso a la normativa de consumo.

La misma proyección que se defiende en relación al 1256 CC es aplicable a otros preceptos del CC que constituyen una base relevante, al menos en parte, de la

²⁶⁷ Sin olvidar otras protecciones como pueden ser las derivadas del derecho de la competencia.

²⁶⁸ LLEBARÍA SAMPER, S., "Cláusulas abusivas", pág. 413.

²⁶⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, pág. 779.

normativa de consumidores.²⁷⁰ Estoy pensando en el art. 1115 CC al versar sobre la nulidad de los contratos con condiciones puramente potestativas de una parte o en el art. 1447 CC del que se desprende la nulidad de los contratos en los que la determinación del precio depende de la parte. Del mismo modo, y en cuanto a ese pretendido control de contenido contractual en sede de relaciones entre empresarios, no puede olvidarse la virtualidad de los arts. 1258 y 1288 CC. El primero como norma de integración contractual que establece deberes adicionales a las partes derivados de la necesaria buena fe.²⁷¹ El segundo como utilización del criterio de interpretación *contra proferentem* como mecanismo de control de contenido.²⁷²

4.- El art. 86.5 del TRLGDCU: interpretación y alcance de la intangibilidad de la facultad resolutoria.

Expuesto cuanto antecede, corresponde ahora aplicar las conclusiones a las que he llegado -principalmente que los arts. 85 a 90 del TRLGDCU contienen tres

²⁷⁰ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos [...] Introducción Teoría General del Contrato*, pág. 461, destaca que: “[...] la doctrina y la legislación moderna, han ido elaborando criterios que permiten el llamado control de fondo de las condiciones generales de la contratación, lo que, por lo menos inicialmente puede hacerse partiendo de los principios generales del Derecho de obligaciones anteriormente existentes, si bien no puede negarse que requieren un proceso de concreción para ser aplicado a la materia que nos ocupa. [...] Se encuentra en primer lugar la idea que en nuestro Derecho expresa el art. 1.256 CC según el cual la validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse nunca al arbitrio de una de las partes contratantes. En el mismo sentido se encuentra la idea que explicitan los arts. 1.273, 1.446 y otros análogos, de acuerdo con los cuales la determinación del precio y en general del contenido de las prestaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

²⁷¹ Recuérdese la STS de 19 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8539] al disponer que “la vigente Ley general que protege a este sector tan numeroso de población, de 19 julio 1984, en puridad es toda ella un desarrollo minucioso de la protección que en germen se halla en los arts. 1255 y 1258 CC, que previenen contra las infracciones de la buena fe, del uso, de la Ley.” También, con relación al papel de la buena fe como cláusula general aplicable en la contratación adhesiva entre empresarios, v. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Thomson-Civitas Aranzadi. Cizur Menor, 2009. Págs. 218-219.

²⁷² CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, págs. 782-783.

listados y que no todos son negros- al caso de la concreta renuncia a la facultad resolutoria en las relaciones de consumo.

Para adentrarme en esta cuestión es necesario tener presente una serie de preceptos del TRLGDCU que directa o indirectamente inciden sobre la materia. Sin perjuicio de otros que iré mencionando, los principales en cuanto a este análisis se refiere son, a mi juicio, los arts. 85.5, 86.1, 86.5, 87.1 y 121 TRLGDCU. Ya anticipo que mi posición pasa por que la renuncia a la facultad resolutoria, en sede de consumo, es una cláusula negra, de aquellas que forman parte del primer listado al que hice alusión en el epígrafe anterior, esto es, se trata de una cláusula que el legislador ha configurado como abusiva de forma taxativa, sin atemperarla con fórmulas adverbiales, sin posibilidad de mayor análisis.

Partamos del art. 86 TRLGDCU para ir desgranando conclusiones, en concreto iniciemos nuestro periplo a partir del primer párrafo y de los números 1 y 5 del referido precepto, en atención a los cuales:

“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: 1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. [...] 5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.” (El subrayado es mío).

Una primera aproximación al precepto entiendo permite sostener que, fuera de las relaciones de consumo, una cláusula de renuncia o limitación a la facultad resolutoria no estaría prohibida puesto que, en la medida en que el legislador la persigue en aquellas relaciones, está dando por sentado que una cláusula de esas características puede ser válida y eficaz al margen de esas relaciones de consumo, siempre con las limitaciones a las que me he referido más arriba al hablar de los requisitos para la validez de la renuncia preventiva al remedio.²⁷³

Por otro lado, el hecho de que el legislador en materia de consumo persiga este tipo de cláusulas por la vía de la *abusividad* lo que determina es que no estamos ante un supuesto de imperatividad. Esto es, la cláusula que limite o excluya aquí el remedio resolutorio, si es negociada y querida individualmente por el consumidor, será válida en tanto en cuanto observe los requisitos generales analizados.

De esta forma, el que el legislador de consumo plantee la *abusividad* con relación a una cláusula de exclusión o limitación de la facultad resolutoria hace que fuera de ese ámbito el pacto sea válido. O incluso más, dentro del ámbito de consumo la referida cláusula sería válida si ha sido negociada individualmente entre consumidor y empresario.

Quizá haya quien me oponga lo siguiente: el hecho de que el TRLGDCU declare abusiva la cláusula de exclusión de la resolución no significa *per se* que esa cláusula no esté prohibida por el derecho imperativo, esto es, no significa que la renuncia sea válida en relaciones distintas al derecho de consumo. Sin ir más lejos - podría tratar de argumentarse en mi contra- más arriba hemos dicho que de los tres listados cuya existencia defendemos, uno parte de que hay ciertas cláusulas abusivas que provienen del derecho imperativo, esto es, que estarían prohibidas por el

²⁷³ V. *supra* Cap. III, §3.2.

derecho cogente previamente, y que eso podría estar sucediendo con la cláusula prevista en el art. 86.5 TRLGDCU. No obstante, entiendo que tal oposición perecería frente a la siguiente réplica. La cláusula hoy contenida en el art. 86.5 TRLGDCU no siempre formó parte del que llamo primer listado, es decir, aquel formado por cláusulas que taxativamente y sin aderezos adverbiales han sido declaradas abusivas por el legislador. Hubo un tiempo en el que el legislador pintó de gris claro la cláusula, atemperando su *abusividad* recurriendo a la fórmula “*de forma inadecuada*”. De esta manera, la privación convencional del remedio no es contraria a derecho cogente, si lo hubiese sido el legislador jamás hubiera usado la fórmula “*de forma inadecuada*” al formular la cláusula en sede de *abusividad*. Si la ley disponía “*de forma inadecuada*” es porque cabía una exclusión del remedio en sede de consumo “*de forma adecuada*”. Ahora me refiero a ello.

En efecto, entiendo que la actual dicción del art. 86.5 TRLGDCU determina no puede predisponerse por el empresario una cláusula no negociada por la que se module o elimine la facultad resolutoria legal, de suerte que, siempre y en todo caso, salvo negociación individualizada en contrario, el consumidor tiene como remedio frente al incumplimiento la resolución. Eso implica por tanto que, ante un incumplimiento esencial de la obligación recíproca, el consumidor podrá, siempre y en todo caso, utilizar como remedio la resolución del vínculo. Esta interpretación que supone insertar la referida cláusula dentro del que he llamado en este trabajo “primer listado”, es decir, listado de cláusulas abusivas por expresa taxatividad del legislador -sin adverbios que edulcoren-, no sólo se basa en el lenguaje usado por el legislador, sino que además encuentra un refrendo adicional en el hecho de que inicialmente, por medio de la D.A. 1ª de la LGCU apartado 12, se catalogaba como abusiva la limitación o exclusión de *forma inadecuada* de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional. El nuevo art. 86.5 TRLGDCU excluye la antigua mención “*de forma inadecuada*” (que traslada a su

número 1, más general) que griseaba por completo la referida cláusula con lo cual, del actual redactado del TRLGDCU se constata que, ahora, el legislador ha optado por ennegrecer definitivamente la cláusula de limitación/exclusión de la facultad resolutoria. El razonamiento es el siguiente. El anterior texto legal se refería a “*de forma inadecuada*”, lo que suponía una remisión implícita a las circunstancias concurrentes en cada caso.²⁷⁴ Sin embargo ahora se suprime dicha mención en el art. 86.5, *ergo* la cláusula de exclusión o limitación de la facultad resolutoria sería nula por abusiva en todo caso, habida cuenta de la referida evolución normativa.²⁷⁵

Ahora bien, me interesa remarcar que el hecho de que el art. 86.5 TRLGDCU determine que la cláusula de renuncia al remedio resolutorio sea abusiva en todo caso no significa que el legislador en los contratos con consumidores esté configurando en beneficio del consumidor una resolución por incumplimiento extraordinariamente amplia. El consumidor podrá usar de la resolución en caso de incumplimiento pero, en mi opinión, con límites diferentes, incluso más constreñidos, que los previstos en el art. 1124 CC.

Así es. El legislador en materia de consumidores y usuarios trata la facultad resolutoria en dos escalones diversos. Por una lado, desde el prisma de la *abusividad*,

²⁷⁴ Para GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cap. II. Cláusulas abusivas”. En *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Primera Edición. Ed. Azanzadi. Cizur Menor, 2009. Pág. 1066, la salvedad “*de forma inadecuada*” que también se preveía para la resolución por incumplimiento según la D.A. 1ª, II, 12, indebidamente se olvida en la redacción del art. 86.5 TRLGDCU.

²⁷⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos [...] Introducción Teoría General del Contrato*, pág. 475, en relación a la mención “*de forma inadecuada*”, precisa que: “*La regla impide la exclusión o limitación de la facultad resolutoria cuando se haya producido <de forma inadecuada>, lo cual abre un interrogante porque se trata de una cláusula muy abierta y de no fácil concreción. En términos generales, podemos entender que la exclusión o limitación es adecuada si la facultad resolutoria ha sido sustituida por otros remedios concretos que satisfagan plenamente el interés del consumidor.*”

por medio del art. 86.5 TRLGDCU y por otro, esta vez desde el instituto de la imperatividad, en el art. 121 TRLGDCU. Y cuando el legislador trata la resolución desde el prisma de la imperatividad, no lo hace precisamente para blindar en favor del consumidor una resolución amplia y exenta de limitaciones, sino que lo hace creando un sistema de jerarquía de remedios frente al incumplimiento del empresario y convirtiendo la facultad resolutoria en un remedio secundario, localizándola en un estadio necesariamente posterior a la reparación o sustitución del producto no conforme *ex art. 121 TRLGDCU*. La forma de proceder del legislador a la hora de actuar con el arma de la imperatividad en este contexto no es precisamente la de hilvanar dicha facultad como extraordinariamente amplia, sino todo lo contrario, pospone su ejercicio creando una jerarquía de remedios extraña al art. 1124 CC²⁷⁶ y que la deja en segundo lugar. Esa forma de hacer refiere el interés del legislador en mantener el contrato ante el incumplimiento del empresario puesto que se pretende -esta vez sí *siempre y en todo caso*- darle la posibilidad de reparar o sustituir el objeto transmitido. Hay posposición de la resolución si el cumplimiento es efectivamente posible y no genera graves inconvenientes al acreedor consumidor.

Es cierto que el último inciso del precepto al que acabo de referirme, al establecer que la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, se ha interpretado como una ampliación del campo de aplicación de la facultad resolutoria al separarse de la exigencia de la gravedad del incumplimiento propia de la doctrina del *aliud pro alio*.²⁷⁷ De hecho, esa

²⁷⁶ Salvo en lo que se refiere al 1124.3 CC como facultad ofrecida al juez de conceder más plazo.

²⁷⁷ Por todos v. FENOY PICÓN, N., “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del art. 1124 CC y del art. 121 del Texto Refundido de Consumidores”. ADC. 2009. Fasc. I. Pág. 268. Para la autora, la resolución prevista en el art. 121 TRLGDCU sólo tiene el límite de la falta de conformidad de escasa importancia mientras que el *aliud pro alio* limita en gran parte el campo de la resolución al exigir que la anomalía sea especialmente grave, destacando que la doctrina del *aliud pro alio* está impregnada de la que fue su original función, ser salida para aquellos supuestos en los que, habiendo vicio no podían ejercitarse las acciones edilicias por el tiempo transcurrido.

interpretación se ha recogido por algunas Audiencias Provinciales.²⁷⁸ Sin embargo, de lo que no hay duda es de que el propio art. 121 TRLGDCU establece un sistema jerarquizado de remedios y deja a la resolución como mecanismo subsidiario, operativo sólo cuando el consumidor no pudiera exigir la reparación o la sustitución del producto defectuoso y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, lo que supone que el consumidor no puede valerse de él ante el incumplimiento, al menos inicialmente, por más que se defienda que su campo se amplíe –sólo se pide para resolver que el incumplimiento no sea de escasa importancia- si no se ha producido la reparación o sustitución del producto. En suma, el propio régimen de la resolución en sede bienes de consumo lo que hace es subyugar legalmente el remedio resolutorio tal y como se conocía hasta ahora.

²⁷⁸ Sirva de ejemplo la SAP de Pontevedra, Sección 5ª, de 4 de noviembre de 2002 [JUR 2003, 53119] que dispone: “[...]para la resolución del contrato de adquisición de bienes duraderos con consumidores por defectos manifestados en período de garantía únicamente era preciso que tales defectos determinaran que el bien no se encontrara "en condiciones óptimas" de cumplir el uso al que estuviese destinado, sin que fuese necesario que causaran la inhabilidad total del mismo para su uso ni que el defecto hubiera de poder calificarse como de grave [...]”. También es de relevancia la SAP de Badajoz, Sección 3ª, de 26 de julio de 2005 [JUR 2006, 45719] para la que el derecho de resolución del contrato requiere la concurrencia de tres requisitos: “1. Que el bien adquirido presente un vicio o defecto originario. El vicio ha de ser anterior al contrato, lo que se cumple cuando la causa del mismo sea anterior aunque el defecto se manifieste después de la adquisición del bien durante el período de garantía. 2. Que no resulte posible la reparación satisfactoria del vicio o defecto (pues de resultar posible el único derecho que la Ley otorga al consumidor es el de la reparación gratuita con indemnización de daños y perjuicios). 3. Que el vicio o defecto haga que <el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado>, por lo que, a diferencia del régimen del Código civil, no es necesario que el vicio determine la inutilidad o inhabilidad del bien para cumplir el uso al que se destina (SAP Badajoz (3ª) 28-IX-2004)”.

CONCLUSIONES.

1. La regulación de la facultad resolutoria legal no recoge con la debida concreción y exhaustividad los presupuestos, exigencias y efectos del remedio resolutorio. Atendidas las limitaciones del art. 1124 CC ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha llevado a cabo una tarea de especificación del remedio.

A la hora de realizar el cometido de concreción y desarrollo de la facultad resolutoria, doctrina y jurisprudencia no han sido unívocas. Se ha sido vacilante a la hora de configurar el remedio, con exigencias iniciales que luego se han ido relativizando incluso hasta desaparecer, como la necesidad de concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Hay igualmente cuestiones que escapan a una uniforme teoría sobre la resolución de suerte que sólo pueden solventarse por medio de un análisis casuístico, como la virtualidad resolutoria de la mora. Adicionalmente, ante la ausencia de una teoría general acerca de la atribución del riesgo en sede de obligaciones recíprocas, se ha acudido a la resolución para colmar dicha laguna, no sin ciertas paradojas, como la que se desprende del art. 1452 CC para la compraventa.

2. A la insuficiencia del art. 1124 CC en torno a la configuración de los presupuestos y efectos de la facultad resolutoria se une el que, a pesar de que doctrina y jurisprudencia han hecho un ejercicio de compilación y clarificación de los mismos, el ordenamiento está plagado de pasajes en los que esa pretendida teoría general se ve excepcionada, limitada o derogada de forma singular. Tal es el caso de los presupuestos generales para la resolución que se contienen en el art. 1556 CC

que, al remitirse como causas de resolución del arrendamiento a los arts. 1554 y 1555 CC, está abriendo la posibilidad de resolución a los casos de incumplimiento de una obligación accesoria como la de pagar los gastos de la escritura; el art. 1569.3 CC que posibilita el desahucio en caso de infracción de cualquiera de las condiciones establecidas en el contrato (más allá del impago del precio o el transcurso del plazo pactado, ambas contenidas expresamente en el 1569.1 y 1569.2 CC); o el supuesto del art. 27.2.c de la LAU que habilita al arrendador a resolver si no se actualiza la fianza, obligación ésta no esencial. Hay más, como la facultad conferida en favor del arrendatario –ex art. 22.4 LEC- de enervar el desahucio a pesar de haber impagado la renta, obligación ésta esencial en sede de contrato locativo. Incluso en el régimen del censo enfiteútico donde se dispone que el dueño de la finca podrá reclamar su devolución si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato, sin distinción (art. 1648.2ª CC).

También en cuanto a los presupuestos de la facultad resolutoria legal existen en el ordenamiento importantes excepciones a esa pretendida teoría general. Es el caso de la exigencia adicional y formalista recogida en el art. 1504 CC para resolver la compraventa de inmuebles que contrasta con la facilidad en cuanto a la resolución de la venta de bienes muebles en el art. 1505 donde un mero retraso en el pago del precio puede dar lugar a la terminación del contrato. O la posposición de la acción resolutoria a remedio de segundo grado en sede de compraventas de bienes muebles de consumo ex art. 121 TRLGDCU. Incluso, ni tan siquiera es requisito para la resolución el incumplimiento mismo puesto que de conformidad con el art. 1503 CC el vendedor podrá resolver el contrato si tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio.

Todo ello permite concluir que la resolución legal es una institución poliédrica. La resolución es un remedio frente al incumplimiento en el que no caben

apriorismos. No hay una única forma de configurar el remedio puesto que el legislador crea distintas formas de resolución, con presupuestos diferentes, tomando en consideración las circunstancias de cada tipología de contrato estableciendo incluso, dentro de cada uno, especialidades. De esta forma, la ley permite distintas resoluciones de suerte que no puede decirse que haya una única resolución posible, con unos únicos presupuestos impermeables a la voluntad de las partes.

3. Concluyo que el remedio resolutorio es renunciable de forma preventiva en el ámbito de la contratación negociada, esto es, ajena al derecho de consumo. Mi conclusión se apoya en diferentes preceptos:

3.1. El art. 1271.1 CC. El art. 1271.1 permite que sean objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio, incluso las futuras. Esa es pues la norma general. Y las excepciones, que existen, se limitan a los artículos 655, 816 y 1935 CC que nada tienen que ver con la resolución.

3.2. El art. 86.5 TRLGDCU. El art. 86.5 TRLGDCU cataloga como cláusula negra en la relaciones de consumo aquella que consiste en la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario. El TRLGDCU sólo ataca la cláusula en sede de consumo, y no existe en el ordenamiento español otra norma que prohíbe la renuncia fuera de ese ámbito. Y además resulta que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva lo hace acudiendo a la institución de la *abusividad*, lo que implica que esa prohibición no será aplicable incluso dentro del ámbito del consumo si la renuncia ha sido negociada individualmente entre empresario y consumidor. De todo ello se concluyen dos cosas. La primera es que cuando el ordenamiento quiere prohibir la renuncia preventiva lo ha

hecho de forma expresa (y en la contratación con consumidores). Fuera de esa prohibición rige el principio general instaurado por el art. 1.271.1 CC. Y la segunda es que, cuando el TRLGDCU priva de validez a la renuncia preventiva, no lo hace de forma absoluta, sino que lo hace por medio del control de *abusividad*, conllevando ello la enervación de la prohibición si hay negociación individualizada entre empresario y consumidor, de suerte que la prohibición no es absoluta. Y, si lo anterior no fuera suficiente, que lo es, acontece que el legislador en materia de consumo no siempre catalogó como cláusula abusiva -negra y sin ambages- la renuncia a la resolución. En efecto, hubo un tiempo en el que el legislador sólo la catalogaba como abusiva si la renuncia a la resolución se realizaba “de forma inadecuada” (se trataba de la D.A. 1ª de la LGCU apartado 12). Si la ley de consumo utilizaba el “de forma inadecuada” como presupuesto para catalogar como abusiva la renuncia a la resolución era porque aceptaba que existía una renuncia a la resolución que podía hacerse “de forma adecuada” y por ende no perseguible ni tan siquiera desde la óptica del derecho de consumidores.

3.3. Los arts. 1102 y 1104 CC. El art. 1104 CC permite que las partes pacten limitaciones de responsabilidad en caso de incumplimiento, con el límite del dolo del art. 1102 CC. Siendo así las cosas mantengo que esas mismas partes pueden eliminar la resolución y mantener los demás remedios que confiere el ordenamiento en caso de incumplimiento (la *exceptio non adimpleti contractus*, la acción de cumplimiento específico o por equivalente, la pretensión de reducción de precio o la indemnización de los daños y perjuicios.) Y ello porque, según las circunstancias, puede resultar mucho menos oneroso renunciar a un remedio y mantener los

demás que excluir o limitar la responsabilidad puesto que con la renuncia el acreedor de la prestación no ve limitado su derecho al resarcimiento.

3.4. El art. 1124 CC. El art. 1124 permite al acreedor, en caso de incumplimiento, interesar el cumplimiento o la resolución. Esa configuración refiere al concepto de opción y la idea de opción encierra dos cuestiones. La primera es que el acreedor no está obligado a resolver. Es más, habrá supuestos en los que la resolución no interese al acreedor o le resulte muy gravosa. La segunda es que el acreedor puede elegir. Y si el ordenamiento le permite elegir, el acreedor debe poder renunciar al remedio, siempre dentro de los límites recogidos en esta tesis, porque no hay otra norma que lo impida.

4. La renuncia preventiva al remedio resolutorio no afecta a la causa del contrato ni desvirtúa la reciprocidad ni el sinalagma funcional. Una cosa es que las obligaciones recíprocas lo sean en la medida en la que la prestación de una de las partes se justifica en la asumida por la contraria, pero otra muy distinta es el elenco de remedios que el acreedor ostenta frente al incumplimiento del deudor. Los remedios frente al incumplimiento -entre los que está la facultad resolutoria- son reacciones o defensas lícitas del acreedor, pero como tales, ni definen ni naturalizan la obligación recíproca en sí. De hecho, por medio del pacto de renuncia preventiva a la facultad resolutoria las partes lo que hacen es reforzar la idea de querer las respectivas prestaciones en la forma y extensión pactadas, causalizando así, de forma más evidente, sus respectivas obligaciones, en el deber de prestación asumido por la contraparte.

5. La renuncia a la facultad resolutoria no implica renuncia a los demás remedios, como la *exceptio non adimpleti contractus*, la acción de cumplimiento -ya

sea en su modalidad de cumplimiento específico o por equivalente pecuniario-, la de rebaja del precio, o la indemnización de daños y perjuicios. Tales remedios no derivan del instituto de la resolución sino que tienen su origen en el incumplimiento mismo, de forma que puede haber resolución sin indemnización o indemnización sin resolución.

6. Si bien la resolución por incumplimiento no es una institución de derecho público, sino dispositivo, no por ello se concluye que cabe su renuncia sin más. La distinción norma imperativa-norma dispositiva resulta extremadamente insuficiente. Dentro del concepto dispositivo se incluyen muchos tipos de normas, con funciones y relevancias distintas, no siendo posible dar a ellas el mismo tratamiento en el sentido de poder ser, sin mayores condicionantes, excluidas por medio de pacto. De esta forma, la renuncia a la resolución, si bien es admisible, debe respetar una serie de requisitos que permitan su cohabitación con el resto de normas del ordenamiento civil dada la función que desempeña como remedio en sede de obligaciones recíprocas.

7. El principal límite a la renuncia preventiva a la facultad resolutoria es la prohibición de *inermidad* en el acreedor. La validez de la renuncia al remedio resolutorio dependerá pues de que el cumplimiento, específico o por equivalente, sea posible y su exigencia no genere graves inconvenientes al acreedor. Este carácter claudicante de la renuncia es predicado necesario de la imposibilidad de privar al acreedor, a la vez, del cumplimiento y de la resolución.

8. Entre los efectos de la renuncia al remedio resolutorio no está la reasignación del riesgo en sede de obligaciones recíprocas. Al no contener nuestro CC no existe un precepto general sobre atribución del riesgo en las obligaciones sinalagmáticas se acude al art. 1124 CC para solventar los supuestos de pérdida

sobrevenida de la prestación debida. No obstante, el hecho de que el acreedor de la prestación devenida imposible hubiera renunciado preventivamente al remedio no permite afirmar que con dicha renuncia haya asumido el riesgo de pérdida de la cosa debida. Para que dicho efecto se produjera sería necesario que el contratante, además de renunciar al remedio resolutorio, ampliara dicha declaración de voluntad a la reasignación del riesgo. Cuando un contratante renuncia a la resolución lo hace a la institución como remedio frente al incumplimiento (uno de ellos, teniendo los demás), y, cuando quiere hacer una redistribución relativa a la atribución de los riesgos, lo hace en ese sentido diverso, tomando en consideración circunstancias que no son coincidentes con las que se valoran a la hora de renunciar a la resolución como remedio.

9. En materia de legislación sobre consumidores y usuarios concluyo que el sistema de listados recogido en los art. 85 a 90 del TRLGDCU no es todo él de color negro. Entiendo que los arts. 85 a 90 contienen tres listados distintos. Uno vendría constituido por cláusulas que, de forma taxativa, se configuran como negras, sin que quepa mayor consideración, es el caso de la cláusula contenida en el art. 86.5 que cataloga de abusiva, sin matices, la renuncia al remedio resolutorio como estipulación impuesta por el empresario, catalogación que por otra parte se refrenda de la evolución legislativa habida con relación a la misma. Además del art. 86.5, en este primer listado estarían también las cláusulas mencionadas en los arts. 86.2, 86.4 y 86.6 TRLGDCU. La segunda lista la formarían las cláusulas, derivadas del derecho dispositivo que se enuncian de forma genérica, no taxativa, de suerte que precisan de un análisis al albur del art. 82 del TRLGDCU. Me refiero a aquellas cláusulas que en su formulación el legislador recurre a fórmulas adverbiales como “excesivamente”, “insuficientemente”, “desproporcionadamente”. Éste listado es gris. Por último, estaría un tercer listado que integraría un conjunto de cláusulas que emanan del derecho imperativo que, innecesariamente, se listan también como abusivas. Se

trataría en esencia de cláusulas que derivan de la prohibición contenida en el art. 1256 CC.

10. No obstante lo anterior, esto es, sin perjuicio de que concluyo que la cláusula de renuncia a la facultad resolutoria es una cláusula negra, ello no ha de llevar a la conclusión de que el legislador de derecho de consumo pretende dotar al consumidor de un remedio resolutorio amplio. Ello es así porque el art. 121 TRLGDCU relega la resolución a remedio de subsidiario, sólo susceptible de ejercicio cuando el consumidor no pueda exigir la reparación o la sustitución del producto defectuoso y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario.

BIBLIOGRAFÍA.

ABRIL CAMPOY, J. M. *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

ALBALADEJO, M. "Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla". En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. EDERSA. Madrid, 1981. Págs. 1-18.

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. 13ª Edición. Edisofer. Madrid, 2008.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALCÁNTARA SAMPELAYO, J. "La prestación del riesgo en la compraventa". RDP. 1946. Págs. 487-506.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1991.

ÁLVAREZ VIGARAY, R. "Art. 1124". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 96-100.

ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Cuarta Edición. Editorial Comares. Granada, 2009.

ATAZ LÓPEZ, J. *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988.

AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1942.

BADOSA COLL, F. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1987.

BECH SERRAT, J. M. "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias." InDret, Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com) 2010. Nº 1. Págs. 1-48.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La renta vitalicia*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. "Comentario al art. 1124". En *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 3ª Edición. Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Págs. 1335-1338.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario a la Disposición Adicional Primera LCGC. Seis: Art. 10 bis.1 LGDCU". En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Aranzadi. Elcano (Navarra), 1999. Págs. 753-769.

BOTANA GARCÍA, G. A. "Comentario a la Disposición adicional primera LCGC. Seis. Adición de una Disposición adicional primera (Cláusulas abusivas) LCU. Cláusula 1ª" En *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Coordinadores Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J. Tecnos. Madrid, 1999. Págs. 308-315.

BOZZI, L. *La negoziabilità degli atti di rinuncia*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 2008.

BORRICAND, J. "La clause résolutoire expresse dans les contrats". RTDC. 1957. Págs. 434-440.

CADARSO PALAU, J. "La lista negra de cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales". *La Ley*. 3. 2000. Págs. 1690-1694.

CALVO CARAVACA, A. L. "Comentario al Art. 6". En *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Director y Coordinador Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas. Madrid. 1998. Págs. 92-101.

CÁMARA LAPUENTE, S. "Comentario al art. 86". En *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Dirigido por Cámara Lapuente, S. Colex, Madrid, 2011. Págs. 829-870.

CAÑIZARES LAZO, A. "Los efectos de la declaración del concurso en relación a los contratos celebrados por el concursado (Especial consideración del incumplimiento del concursado)". RdP. Nº. 28. 2012. Editorial Aranzadi. Págs. 121-145.

CAPILLA RONCERO, F. "Artículos 1.665 a 1.708". En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. Tomo XXI. Vol. 1º. EDERSA. Madrid, 1986. *Passim*.

CAPITANT, H. *De la cause des obligations*. Libraire Dalloz. Trisième Édition. París, 1927.

CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*. Editorial Aranzadi. Primera edición. Cizur Menor, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Tomo III. Decimosexta edición. Revisada y puesta al día por García Cantero, G. Reus, S.A. Madrid, 1992.

CASTELLANOS RUIZ, E. *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Editorial COMARES, S.L. Granada, 1998.

CHESHIRE G. C., NORTHEY J. F., STARKE J. G., FURMSTON, M. P. *The Law of Contract*. Butterworths Common Law Series. Reed Elsevier (UK) Ltd. London, Dublin, Edimburgh, 1999.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Primera Edición. Editorial Bosch. Barcelona, 2008.

CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

CLEMENTE MEORO, M. E. *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*. Editorial Bosch. Barcelona, 2009.

CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos por incumplimiento: Presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona, 2009.

COLLINS, H. *The Law of Contract*. Butterworths. Second Edition. London, Dublin and Edimburg, 1993.

COSSÍO Y CORRAL, A. "Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil". RDP. 1944. Págs. 361-399.

COSSÍO Y CORRAL, A. "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas." ADC. 1953. III. Págs. 597-622.

COPPOLA, C. *La rinunzia ai diritti futuri*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 2005.

CRISTÓBAL MONTES, A. *La mora del deudor en los contratos bilaterales*. Civitas. Madrid, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). Segunda Edición, 1985. Reimpresión 2016.

DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información*. Ed. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor, 2010.

DELFINI, F. *I patti sulla risoluzione per inadempimento*. Ipsoa. Milano, 1998.

DELL'AQUILA, E. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981.

DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoléon*. T. XXV. París, 1877.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Los incumplimientos resolutorios*, Cuadernos Civitas. Thomson, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría General del Contrato*. I. Editorial Aranzadi. Sexta Edición. Pamplona, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. II. Sexta Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008.

ESPÍN CÁNOVAS, D. *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. III. Madrid, 1970.

FAGES, B. *Droit des Obligations*. 4 édition. Lextenso éditions, LGDJ. Paris, 2013.

FENOY PICÓN, N. "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del art. 1124 CC y del art. 121 del Texto Refundido de Consumidores". ADC. 2009. I. Págs. 157-280.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. "El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales". AC. 1997 (westlaw, BIB 1997, 62). Págs. 51-86.

GALGANO, F. *Il Contratto*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 2007.

GARCÍA AMIGO, M. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Ed. Tecnos. Madrid, 1965.

GARCÍA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Editorial RDP. Madrid, 1969.

GARCÍA AMIGO, M. "Ley alemana occidental sobre «condiciones generales»". RDP. 1978. Vol. 62. Nº 5. Págs. 384-401.

GARCÍA CANTERO, G. "Artículo 1452 CC". En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. Tomo XIX. EDERSA. Madrid, 1980. Págs. 72-86.

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852. Ed. Base. Reimp., Barcelona, 1973.

GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley. Madrid, 1994.

GÓMEZ POMAR, F. "El incumplimiento contractual en derecho español". InDret. Revista para el análisis del derecho, 3/2007 (www.indret.com).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Librería Bosch. Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. "Cap. II. Cláusulas abusivas". En *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Primera Edición. Editorial Azanzadi. Cizur Menor, 2009. Págs. 955-1152.

GORLA, G. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*. CEDAM. Padova, 1934.

GULLÓN BALLESTEROS, A. "Art. 1911". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 2055-2056.

HERRADA BAZÁN, V. "Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)". RDC. Nº 1. 2017. Págs. 31-75.

JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1987.

JORDANO FRAGA, F. *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (Art. 1.111 Cc.) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato*. 5ª Edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, F. Dykinson. Madrid, 2011.

LANDO O., BEALE H. *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la "Comisión de Derecho contractual europeo")*. Edición española a cargo de Barres Benlloch, P., Embid Irujo, J.M., Martínez Sanz, F. Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. Madrid, 2003.

LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de Obligaciones. Contratos en particular*. Volumen III. Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2003.

LINACERO DE LA FUENTE, M. *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. "Art. 1452". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 895-898.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Director y Coordinador Díez-Picazo, L. Editorial Civitas. Madrid. 1998.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Artículo 1556". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 1098-1101.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Artículo 1569". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 1134-1136.

LLEBARÍA SAMPER, S. "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria: su contribución a la teoría general del contrato (o viceversa)". *RJC*. 2008. 2. Págs. 397-420.

LLEBARÍA SAMPER, S. "Capítulo 5: Límites a la arbitrariedad contractual en derecho español". En *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*. Coordinadores Añoveros Terradas, B., Llebaría Samper, S. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 191-266.

LLOBET AGUADO, J. *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

MANRESA NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código civil español*. Tomo VIII-1º. 5ª edición. Editorial Reus. Madrid, 1950.

MARTÍNEZ FLÓREZ A. "Artículo 62". En *Comentario de la Ley Concursal*. Dirigido por Rojo A., Beltrán, E. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 1162-1174.

MIGUEL TRAVIESAS, M. "Obligaciones recíprocas". RDP. Nº 192. 1929. Págs. 273-288 y 320-330.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "Comentario al art. 82". En *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Dirigido por Cámara Lapuente, S. Colex. Madrid, 2011. Págs. 711-753.

MONTÉS PENADÉS, V.L. "Artículo 1.124 CC". En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo, M. Tomo XV. Vol. 1º. EDERSA. Madrid, 1.989. Págs. 1171-1255.

MORALES MORENO, A. M. "Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 12ª)". *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Dirigidos por Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo L. Coordinados por Alfaro Águila-Real, J. Civitas. Madrid, 2002. Págs. 1168-1176.

NAVARRO PÉREZ, J. L. *La compraventa Civil. Antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*. Editorial Comares. Granada, 1993.

OGÁYAR Y AYLLÓN, T. *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 del Código Civil*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1983.

O'CALLAGHAN, X. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Dijusa. Madrid, 2009.

PAGADOR LÓPEZ, J. *La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*. Derecho de los Negocios. Año 9. Nº 97. 1998. Págs. 1-34.

PAGADOR LÓPEZ, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, F. "Resolución por incumplimiento e indemnización". ADC. 1989. IV. Págs. 1143-1168.

PANTALEÓN PRIETO, F. "El sistema de responsabilidad contractual". ADC. 1991. III. Págs. 1019-1091.

PASQUAU LIAÑO, M. "Capítulo 6: De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación". En *El Contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*. Coordinadores Añoveros Terradas, B., Llebaría Samper, S. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 267-303.

PINTÓ RUIZ, J. J. "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*". En Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre. II. Madrid, 1976. Págs. 519-582.

PLANIOL, M., y RIPERT, G. *Traité pratique de droit civil français*. XI. LGDJ. París, 1932.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*. II. 2. Bosch. Barcelona, 1956.

PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español. Obligaciones y Contratos*. T- IV. Vol. I. *Teoría General de la Obligación*. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.

QUESADA GONZÁLEZ, M^a. C. *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1991.

QUIÑONERO CERVANTES, E. "Artículo 1805". En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por Paz-Ares Rodríguez C., Díez-Picazo L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. Tomo II. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1991. Págs. 1764-1766.

R. SACCO-G. DE NOVA. *Il contratto*. Vol. II. 3ª ed. UTET. Torino 2004.

RIPERT, G., y BOULANGER, J. *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*. T. II. LGDJ. París, 1957.

ROCA SASTRE, R. M. "El riesgo en el contrato de compraventa". En *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948. Págs. 384-403.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B. *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons. Madrid, 2013.

ROGEL VIDE, C. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. Ed. Cálamo. Barcelona, 2003.

ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos*. Primera edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994.

SCALFI, G. *Risoluzione del contratto*. Enc. Giur. Treccani. XXVII. Roma, 1991.

SICCHIERO, G. "La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459". En *Il Codice Civile Commentario*. Fundato da Piero Schlesinger. Diretto da Francesco D. Busnelli. Giuffrè editore. Milano, 2007.

TERRÉ, F. SIMLER, P. LEQUETTE, Y. *Droit Civil. Les Obligations*. 5^e. édition, Éditions Dalloz. París, 1993.

TRABUCCHI, A. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. CEDAM. Padova, 1937.

VERDA Y BEAMONTE, J. "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español". Rdp. Nº 15. 2005. Págs. 25-52.