

JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ
CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ
(Coordinadores)

Estudios sobre
la modernización del Derecho
de obligaciones y contratos

THOMSON REUTERS
ARANZADI

El derecho del acreedor a resolver el contrato: Entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable¹

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS NACIONALES: ALEMANIA, FRANCIA, ESPAÑA. 1. *El Código civil español*. 2. *El BGB*. 3. *El Código civil francés*. 4. *Valoración*. III. EL DERECHO EUROPEO: ENTRE EL SOFT Y EL HARDLAW. 1. *Derecho uniforme y softlaw*. 1.1. Resolución por incumplimiento esencial y, tras el Nachfrist, cuando hay retraso. 1.2. Incumplimiento esencial y «right to cure». 2. *La generalización del modelo de Nachfrist en las directivas europeas*. 2.1. En la compraventa. 2.2. Otros contratos, además de la compraventa. IV. A PROPÓSITO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. 1. *La reciente Propuesta de Código civil de la APDC*. 2. *La compraventa en Cataluña*. 2.1. Algunas lagunas y una oportunidad perdida. 2.2. Algunas dudas acerca de la razonabilidad del plazo adicional de cumplimiento. 3. *Valoración*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. La autora es titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo y miembro del instituto Transjus de la U. Barcelona. Se actualizan aquí algunas reflexiones previamente publicadas en Arroyo Amayuelas, Esther, «El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿Qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno?», en Serrano De Nicolás, Ángel (ed.), «El Llibre VI del Codi civil de Catalunya», Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2018, pp. 231–250. La contribución se integra en los proyectos de investigación MINECO DER2017-82129-P y Generalitat de Catalunya 2017 SGR 151.

I. INTRODUCCIÓN

La resolución del contrato es una alternativa a la facultad de exigir el cumplimiento que se da en contratos bilaterales con obligaciones recíprocas. Si quien ha cumplido o está dispuesto a cumplir continúa interesado en el mantenimiento de la obligación de la contraparte, solicitará su cumplimiento. Si, por el contrario, pierde el interés, la ley le faculta para resolver el contrato. La consecuencia es que la parte que resuelve no solo exime a la contraparte de cumplir con su obligación, sino que también se exime ella de cumplir su propia deuda. Es decir que cada contratante queda dispensado de su propia obligación².

La resolución es un remedio conocido en todos los sistemas jurídicos europeos y, como casi siempre ocurre, por lo general existe una variedad de soluciones para un mismo problema que, naturalmente, responden a distintos planteamientos de política jurídica³. El propósito de las páginas que siguen es, precisamente, exponer cuáles son esas distintas soluciones, con particular atención a los ordenamientos jurídicos español, francés y alemán, así como a las tendencias más recientes en el Derecho privado europeo, para así poder valorar mejor la propuesta que ofrece la APDC⁴ y la ya consagrada en el Libro Sexto del CCCat⁵. Quizás todo ello permita vislumbrar el camino que debiera (o no) seguir el legislador español si, finalmente, conviniéramos que una reforma del art. 1124 CC –que es la norma fundamental en materia de resolución del contrato– es necesaria. Adelanto ya que mi propósito

2. Para una buena exégesis del art. 1124 CC, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, Art. 1124 CC, en Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8213-8261. Antes, CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, Bosch – Col·legi de Notaris de Catalunya, 2009; SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
3. Perspectiva general en PALAZÓN GARRIDO, M.^a LUISA, «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho contractual comparado*. Una perspectiva europea y transnacional, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2016, 3.^a ed., pp. 867-924, pp. 888-902. Muy completo, con abundantes referencias al Derecho comparado, aunque obviamente no incorpora la última reforma del derecho francés del año 2016, es el muy buen libro de SAN MIGUEL citado en nota anterior.
4. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. La versión completa de la Propuesta puede leerse ahora en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta de Código civil*, Madrid, Tecnos, 2018.
5. DOGC n. 7314, 22.02.2017.

es únicamente discutir si la resolución unilateral y extrajudicial del acreedor es una posible alternativa a la resolución judicial consagrada en ese precepto. No es obstáculo a ello que el Tribunal Supremo (= TS) haya admitido la modalidad de resolución unilateral y extrajudicial porque, aun así, todavía queda abierta la posibilidad de que el juez compruebe la pertinencia del remedio y, en su caso, declare no bien hecha la resolución por entender que no concurren los requisitos exigibles⁶. Dejo de lado la hipótesis de resolución convencional pactada mediante la introducción en el contrato de una condición resolutoria (art. 1504 CC, art. 621 -54 CCCat) y aquella otra de resolución automática o *ex lege* (art. 1505 CC) cuyos efectos son, o deberían ser, mucho más radicales.

II. LOS DERECHOS NACIONALES: ALEMANIA, FRANCIA, ESPAÑA

Sin perjuicio de las diferencias que naturalmente existen, al abordar la regulación de la resolución contractual, los ordenamientos jurídicos nacionales coinciden en la necesidad de ponderar el equilibrio de intereses entre el acreedor, que quiere deshacer el contrato, y el deudor, que debe poder tener derecho a mantenerlo si todavía puede cumplir. Por eso, la resolución solo es procedente cuando el incumplimiento es suficientemente serio, esto es, cuando al acreedor no podría razonablemente exigírsele que continuara vinculado al contrato. Tal seriedad es apreciada de manera distinta en cada ordenamiento y, fundamentalmente, los sistemas que se barajan son dos: la esencialidad o gravedad del incumplimiento y el transcurso infructuoso de un plazo para cumplir.

Conviene precisar que el BGB presenta una triple particularidad respecto de los otros dos modelos que aquí se van a analizar que, como ya he dicho, son el francés y el español. La primera particularidad es que, tras la reforma del derecho de obligaciones acaecida en el año 2002, con ocasión de la transposición de la Directiva 99/44, sobre las garantías en las ventas de consumo⁷, el BGB ha integrado dentro de

6. Vid. SAN MIGUEL, *Resolución...*, pp. 353-362; pp. 481-484; GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «El incumplimiento contractual en el Derecho español». InDret, 2007, 3, pp. 1-49, p. 30. GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, Art. 1124 CC, en Bercovitz (dir.), *Comentarios...*, T. VI, pp. 8238-8241; SALAS CARCELLER, ANTONIO, «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», en González Pacanowska, Isabel - García Pérez, Carmen Leonor (dirs.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 397-425, esp. pp. 407-412.

7. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999,

las reglas generales del incumplimiento el supuesto de falta de conformidad; la segunda es que la falta de conformidad no rige solo para el contrato de compraventa, a pesar de que, como se sabe, ese es el ámbito de aplicación de la Directiva 99/44; y la tercera es que la distinción según el contrato sea o no de consumo no es relevante a la hora de analizar el modo de resolución extrajudicial del contrato. Francia y España, por el contrario, continúan manteniendo la distinción entre las normas generales de incumplimiento de las obligaciones y las especiales de saneamiento en la compraventa, en el bien entendido de que la modalidad regulada en los respectivos códigos civiles no es, precisamente, la venta de consumo⁸. Por consiguiente, el sistema codificado que todavía distingue entre saneamiento e incumplimiento coexiste con el de la falta de conformidad en los respectivos códigos de consumo y cada uno de esos sistemas cuenta con normas propias sobre la resolución. En este apartado se hará referencia, primordialmente, al régimen general del incumplimiento de las obligaciones y no, en particular, al régimen específico de la compraventa en cualquiera de sus modalidades.

1. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

De acuerdo con el art. 1124 CC, es el juez quien decide si es o no procedente la resolución solicitada por el acreedor, cuando el deudor se retrasa en el cumplimiento o cumple de forma defectuosa. Eso significa que puede considerar no procedente la extinción del vínculo y dar al deudor un nuevo plazo para cumplir (art. 1124.3 CC), lo cual sucederá siempre que entienda que el incumplimiento no es grave o esencial⁹. Es la tradición francesa, que todavía hoy perdura en el *Code civil*, sin perjuicio de, por un lado, la propia evolución jurisprudencial

sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, de 7 de julio de 1999).

8. Perspectiva general y comparada de ambos sistemas, si bien con cita de normas españolas que ya no están vigentes, MAGNUS, ULRICH, «Performance and Breach of Contract», en DiMatteo, Larry et al. (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles and Practice*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 467-498, Rn 69-85, pp. 489-493.
9. Qué sea grave o esencial es cuestión que dilucidará el juez caso por caso, *Vid.* FENOY PICÓN, NIEVES, «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», ADC, 2009, 1, pp. 211-334. A veces la jurisprudencia ilustra el concepto con las definiciones que ofrecen los textos de derecho europeo (e.g. frustración de la finalidad del contrato, interés atendible del acreedor en la resolución, incumplimiento de tal naturaleza que no se pueda confiar en el cumplimiento futuro). *Ad exemplum*, STS 25 de mayo de 2016 (RJ 4301).

del precepto español y, por otro, la reforma francesa acaecida en el año 2016, que se abordará en seguida¹⁰.

2. EL BGB

El legislador alemán considera preferible que sea el acreedor quien resuelva unilateralmente el contrato y de forma extrajudicial, previo establecimiento de un plazo al deudor para que cumpla o corrija el cumplimiento defectuoso (§ 323 BGB). Una vez transcurrido este plazo de forma infructuosa, el contrato debe poder resolverse, aunque el incumplimiento no sea esencial. Únicamente no se exige fijación de plazo cuando este carezca de sentido (§ 323.2 Nr. 1-3 BGB), lo que la doctrina alemana equipara a la infracción grave o incumplimiento esencial exigida en otros textos o derechos nacionales¹¹. Así, además de dispensarse el plazo en las hipótesis de incumplimiento anticipado (§ 323.4 BGB), el acreedor también puede resolver directamente el contrato en los casos previstos en el § 323.2 Nr. 1-3 BGB; a saber, cuando el deudor niega seria y definitivamente el cumplimiento (es decir, cuando el acreedor puede llegar a la conclusión de que ya no se puede contar con la prestación); cuando el deudor no cumple en la fecha o el plazo establecido en el contrato, a pesar de habersele hecho conocer por el acreedor la esencialidad del plazo o poderse esto deducir de las circunstancias; o, en el supuesto de falta de conformidad, cuando se dan especiales requisitos que, tras el equilibrio de los intereses en juego, aconsejan la resolución inmediata. La resolución no puede tener lugar si el defecto en la prestación es menor o insignificante (§ 323.5 BGB). En el capítulo de la compraventa, el § 437 Nr. 2 BGB también remite al § 323 BGB. El § 326.5 BGB tiene especial aplicación a la hipótesis de que el vendedor no pueda reparar o substituir la prestación; de acuerdo con el precepto, el acreedor puede prescindir de fijar un plazo cuando tanto la reparación como la sustitución sean imposibles (vgr. costes irrazonables). Tampoco es preciso, si el vendedor se niega a ambas formas de cumplimiento específico, o si se ha malogrado la opción escogida por el comprador o, en su caso, la única posible (§ 440 BGB). No es necesario tampoco

10. *Vid. infra* II.3.

11. A propósito de la comparación entre el BGB, los PECL, los PICC y el CV, *vid.* ZIMMERMANN, REINHARD, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. E. Arroyo Amayuelas), Barcelona, Bosch-Colegio de Notarios de Cataluña, 2008, p. 81; GSELL, BEATE, «Non-performance and Remedies in General», en Leible, Stefan - Lehmann, Matthias (eds.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwers, 2014, pp. 375-449, p. 398; SCHMIDT-KESSEL, MARTIN - SILKENS, EVA, «Breach of Contract», en Plaza Penadés, Javier - Martínez Velencoso, Luz M.^a, *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham (Switzerland) et al., Springer International, 2017, pp. 111-135, p. 128.

ante el ejercicio de la acción de regreso del vendedor frente al productor (§ 478.1 BGB)¹².

3. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Para que el acreedor pueda resolver unilateralmente el contrato, el art. 1226 *Code* exige que el incumplimiento del deudor sea grave, exactamente igual que si la resolución fuera judicial, que no solo no desaparece del *Code*, sino que se declara expresamente compatible con cualquier otra (art. 1227). La resolución se puede efectuar por notificación, pero solo tras una *mise en demeure* o constitución en mora infructuosa. Es decir, primero hay que conceder un plazo de cumplimiento al deudor, del que solo se puede prescindir por razones de urgencia –seguramente también si el incumplimiento es definitivo¹³– y solo si el plazo transcurre de forma ineficaz o inútil para el fin propuesto, puede el acreedor notificar su decisión de resolver, acompañada de las razones que la motivan¹⁴. Puesto que el deudor puede no estar conforme, el juez está llamado a decidir si el incumplimiento que precede a la resolución está o no justificado y, en particular, si es o no grave. Parece que la regulación ha seguido de cerca la solución que ya antes había consagrado la jurisprudencia y, muy en particular, de forma definitiva, *l'affaire Tocqueville*¹⁵. Si el juez diera la razón al deudor, el acreedor debería indemnizar los daños a la contraparte si la resolución

12. GSELL, «Non-performance...», en Leible – Lehmann (eds.), *European Contract Law...* pp. 397-399; BÜLOW, PETER – ARTZ, MARKUS, *Verbraucherprivatrecht*, Heidelberg, 5.^a ed., Müller, 2016, Rn 471, pp. 192-193; MAGNUS, «Performance...», en DiMatteo et al. (eds.), *International...*, Rn 500-54, pp. 483-484; KÖTZ, HEINZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, Rn 921 ss (pero sin referencia a la reforma experimentada por la transposición de la Dir. 2011/83 en el BGB).
13. Lo cuestiona de forma algo retórica STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE, «Les sanctions unilatérales: opportunité ou danger?» en *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires. Actes du colloque tenu le 24 mars de 2017 à l'Université de Lyon*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 113-125, § 35, p. 124. La consagración de la urgencia tiene un origen jurisprudencial. Ilustra los ejemplos HOUTCIEFF, DIMITRI, *Droit des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 3.^a ed., § 989, pp. 572-573.
14. STOFFEL-MUNCK, «Les sanctions unilatérales...», § 34, p. 124 critica el *décalage* que puede existir entre la concesión de plazo y la resolución efectiva: «...» laisse son contratant dans une situation de précarité que le texte n'enferme dans un délai particulier. Il n'est pas certain que la jurisprudence admette qu'un tel déphasage puisse durablement s'installer. En realidad, debe verse en ese *décalage* la oportunidad que se da a la parte de salvar el contrato. Así, acertadamente, HOUTCIEFF, *Droit des contrats...*, § 990, p. 573.
15. Cass. 1^{ère} civ, 13 octobre 1998, n.º 96-21485 (Bull. Civ. I, n.º 300). Referencia en STOFFEL-MUNCK, «Les sanctions unilatérales...», § 33, p. 124; HOUTCIEFF, *Droit des contrats...*, § 987, pp. 571-572; ROWAN, SOLÈNE, «La résolution du contrat pour inexécution» en Cartwright, John – Fauvarque-Cosson, Bénédicte – Whittaker, Simon

hubiera producido efecto, salvo que fuera posible todavía mantener la relación contractual¹⁶.

4. VALORACIÓN

El principio en el que se inspiran tanto el sistema español (resolución judicial) como alemán (resolución extrajudicial unilateral del acreedor) es el mismo: el deudor puede merecer una segunda oportunidad de cumplimiento. Sin embargo, de acuerdo con el modelo germánico, el acreedor no tiene que estar a expensas de lo que considere el juez que deba o no ser un incumplimiento esencial en cada caso. Ni siquiera es preciso recurrir a la noción de incumplimiento esencial, porque ya queda suficientemente acreditado el rechazo del deudor a cumplir la prestación si el plazo razonable transcurre de forma infructuosa. Se evita así la inseguridad jurídica, esto es, la imprevisibilidad de la decisión judicial, y también los costes de transacción derivados del proceso. La medida viene impulsada por razones económicas y está pensada para ahorrar al acreedor un proceso judicial que puede ser largo y costoso y de resultado incierto. Sin duda, protege al acreedor, pero tampoco deja desatendidos los intereses del deudor, puesto que este gana un tiempo adicional para cumplir con su prestación. Por consiguiente, el mecanismo sirve a la vez para reforzar la seguridad jurídica y evitar el comportamiento oportunista de quien pretende resolver¹⁷. Esta alternativa a la resolución judicial, útil, en general, puede serlo especialmente en los contratos de trato sucesivo y, desde luego, si quien pretende resolver todavía no hubiera cumplido y no pudiera esperar del deudor que este le restituyera voluntariamente lo que él previamente ya le hubiera entregado.

Si se introducen correctivos en el sistema a base de permitir *a posteriori* la valoración judicial de la decisión unilateral del acreedor, esta pierde atractivo. Eso es, precisamente, lo que ha sucedido en Francia tras la reforma acaecida en el año 2016, donde la resolución extrajudicial es «*aux risques et périls*» del acreedor. Eso quiere decir que está sujeta a que el juez revise la gravedad del incumplimiento (art. 1127, 1128) y considere la resolución bien hecha si el deudor no se conforma con la unilateralmente

(eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, Socièté de Legislation Comparé, 2018, pp. 337-359, p. 341.

16. HOUTCIEFF, *Droit des contrats...*, § 992, p. 574.

17. Recientemente, MIRAMBELL FARGAS, MIQUEL DELS SANTS, *The seller's right to cure under article 48 CISG*, The Hage, Eleven International Publishing, 2018, pp. 39-40, a propósito del mecanismo establecido en el § 323 BGB, que compara con el instituto del *right to cure* del vendedor, pero también con la compleja noción de incumplimiento esencial.

decretada por el acreedor. La intervención judicial viene enormemente favorecida, no solo por el hecho de que, a pesar de haberse dado plazo, se continúa exigiendo que el incumplimiento sea grave, sino también porque ningún artículo explica lo que eso significa y no parece que la *Cour de Cassation* de muchas pistas¹⁸. La doctrina justifica, en parte, esa solución, todavía muy protectora del deudor, por entender que se trata de evitar que el acreedor invoque la resolución como pretexto para escapar de un contrato que le ha acabado siendo desfavorable o para concluir otro que le interesa más¹⁹. En realidad, como ya se ha dicho, es precisamente el establecimiento de un plazo lo que impide que el acreedor pueda comportarse de forma oportunista. Además, recuérdese que, en el BGB, no cualquier defecto menor permite resolver.

III. EL DERECHO EUROPEO: ENTRE EL «SOFT» Y EL «HARDLAW»

1. DERECHO UNIFORME Y «SOFTLAW»

El Convenio de Viena (CV) se refiere al incumplimiento del comprador o vendedor de cualquiera de sus obligaciones contractuales (art. 25, 45, 61, 79 CV) y, en un contexto más general, los distintos modelos de *soft law* precisan que dejar de cumplir las obligaciones derivadas del contrato (eventualmente, también otros deberes accesorios) incluye tanto el incumplimiento total, como el incumplimiento defectuoso, como el retraso y también incluyen en la noción de incumplimiento (art. 7.1.1. PICC; art. III. 1:102 (3) DCFR) la imposibilidad²⁰. Por consiguiente, la falta de conformidad en el contrato de compraventa es un incumplimiento del vendedor (III-1:102 (3) DCFR). Así, también, el art. 87.1 (c), (d), (f) CESL²¹.

La resolución del contrato es extrajudicial, tanto en los textos de derecho uniforme como en las reglas de *soft law*²². Los arts. 118, 138 CESL siguen la

18. Lamenta la omisión en el *Code* de los criterios que ya se encuentran en los textos de *soft law*, ROWAN, «La résolution...», pp. 357-358.

19. ROWAN, «La résolution...», p. 352.

20. *Vid.* también comentario A al art. 8:101 PECL.

21. A propósito del CESL, ZOLL, FRYDERYK, Art. 87 CESL, en Schulze, Reiner (dir.), *Common European Sales Law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2012, Rn 18, p. 402, que también entiende incluido en el supuesto de falta de conformidad el *aliud pro alio*. En la línea, a partir del análisis del DCFR y algunos derechos nacionales, VAQUER ALOY, ANTONI, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de Obligaciones?», en *La armonización del derecho de obligaciones y contratos*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Universidad Sergio Arboleda-Astrea, 2017, pp. 41-81., pp. 56-57.

22. Para una perspectiva general, *vid.* SCHMIDT-KESSEL, MARTIN, «Remedies for breach of contract in European Private Law – Principles of European Contract Law,

estela de los arts. 26 CV, 9:303 (1) PECL, 7.3.2 (1) PICC y III-3:507 (1) DCFR²³ y se desmarcan de la neutralidad de la Directiva 99/44 que, en obsequio a la pluralidad de tradiciones jurídicas y congruente con su carácter de mínimos, no prejuzga la modalidad de ejercicio de ese remedio, tal y como declara expresamente el Cdo 15²⁴. En todos esos textos, los presupuestos y requisitos para la resolución presentan un alto grado de coincidencia, aunque todavía existen diferencias en lo que se refiere, precisamente, a la forma de caracterizar la esencialidad del incumplimiento, que es lo que, en su caso, permitirá resolver el contrato (no en las ventas B2C)²⁵. Un rasgo común es que se pierde el remedio si no se ejerce en un plazo razonable tras constatarse el incumplimiento o haber vencido el plazo suplementario de cumplimiento acordado (art. 64.2 CV, art. 9:303 (2) PECL, 7.3.2 (2) PICC, III. 3:508 DCFR, art. 119.1, 139 CESL) aunque, en este último caso, nada impide que ese plazo de cumplimiento lleve incorporada la resolución automática tras haber transcurrido de forma infructuosa (art. III. 3:507 DCFR y 115.3, 135.3 CESL). Ningún texto aclara en qué consiste la razonabilidad del plazo y todos abandonan su concreción a la adecuación a las circunstancias.

Otros límites al derecho a resolver, en el contrato de compraventa, se encuentran en el deber de examinar los bienes y de notificar esa falta de conformidad al vendedor como paso previo al ejercicio de los remedios y, por consiguiente, también la resolución (arts. 38-39 CV; art. III. 3:107, IV.A. 4:301 y 4:302 DCFR; art. 106.2 (b), 121-122 CESL). Sin embargo, hay excepciones en las ventas con consumidores: para estas no se exige ni el examen ni la notificación art. IV.A. 4:301 (4) DCFR; art. 106.3 (a) y (b) CESL.

El derecho a la resolución también existe cuando se puede prever un incumplimiento esencial anticipado (art. 72 CV, art. 9:304 PECL, 7.3.3 PICC; III. 3:504 DCFR; arts. 116, 136 CESL).

Acquis Communautaire and Common Frame of Reference», en Schulze, Reiner (ed), *New Features of Contract Law*, Munich, Sellier, 2007, pp. 183-196, pp. 185 ss.

23. *Vid.* también comentario D al art. III. 3:501 DCFR.
24. Sin embargo, *vid.* ahora Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes *online* y otros modos de contratación a distancia (art. 13.1) (*vid.* referencia completa, *infra* nota 39) y la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales (art. 13.1) (*vid.* referencia completa, *infra* nota 38), que ya optan por la resolución mediante notificación a la contraparte, lo cual supone mayor protección para el consumidor. Así, CLAEYS, IGNACE – VANCOILLIE, JONAS, «Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts», en Claeys, Ignace – Terry, Evelyne (eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Cambridge (U.K), Intersentia, 2017, pp. 167-232, p. 190, p. 202.
25. Perspectiva general, FAUST, FLORIAN, «Nichterfüllung», Basedow, Jürgen – Hopt, Klaus J. – Zimmermann, Reinhard, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 1106-1111, esp. pp. 1109-1111.

1.1. Resolución por incumplimiento esencial y, tras el Nachfrist, cuando hay retraso

Existe poca uniformidad en los textos analizados sobre como deba calificarse la esencialidad del incumplimiento²⁶. Junto al perjuicio al acreedor (privación de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato), el art. 25 CV exige una determinada actitud al deudor (que él o, en su lugar, una persona razonable, no hubiera previsto o podido prever ese resultado). Eso mismo prevé luego el art. 8:103 PECL que, además, incluye dos nuevos supuestos: que la observancia estricta de la obligación forme parte de la causa del contrato art. 8:103 (a) PECL y que el cumplimiento sea intencionado y de motivos al acreedor a pensar que más adelante ya no cabe contar con el incumplimiento de la otra parte art. 8:103 (c) PECL. El art. 7.3.1 (2) PICC sigue ese esquema, pero junto al incumplimiento intencionado añade la hipótesis de incumplimiento temerario (no incorporado en el PECL) y, además, prevé de forma separada la hipótesis relativa a los motivos que se proporcionan a la parte perjudicada para desconfiar de que el deudor cumplirá en el futuro. Como novedad, tanto respecto al CV como respecto de los PECL, el art. 7.3.1 (2) (e) PICC toma en cuenta el interés del deudor cuando exige tener en cuenta hasta qué punto puede resultarle perjudicial la resolución. El DCFR no contempla la sujeción a los términos del contrato²⁷ pero, por un lado, incluye la hipótesis ya prevista en el art. 25 CV –con el añadido de que el momento relevante para la previsibilidad es

26. FAUST, «Nichterfüllung», en Basedow – Hopt – Zimmermann, *Handwörterbuch...*, pp. 1109-1111; GSELL, «Non-performance...», en Leible – Lehmann (eds.), *European Contract Law...*, pp. 391 ss.; LAUROBA LACASA, ELENA, «El estándar del incumplimiento esencial en la compraventa internacional», en Carrasco Perera, Ángel (dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1429-1438.

27. En cuanto a las razones de exclusión, *vid.* Comentario A al art. III-3:502 DCFR: «En cierto sentido, el presente artículo difiere tanto de la legislación de algunos Estados miembros como de la disposición de los Principios de derecho contractual europeo que definía el "incumplimiento esencial" (apartado (a) del Artículo 8:103) que establecía que un incumplimiento también sería esencial si el estricto cumplimiento de la obligación era un requisito "esencial" del contrato. Eso dejaba a criterio de los tribunales el considerar una obligación como "esencial", de modo que el incumplimiento de la misma daría a la otra parte derecho a resolver la relación contractual, incluso si el incumplimiento no tenía consecuencias graves para dicha parte. En determinadas situaciones las partes pueden desear que ciertas obligaciones se consideren de este modo, por ejemplo, las disposiciones sobre plazos en los contratos relativos a materias primas. Sin embargo, no parece adecuado aplicar el mismo enfoque como regla general para todos los contratos. Si las partes quieren que el incumplimiento de una obligación tenga ese efecto, tienen libertad para estipularlo en su acuerdo (ver el comentario C); o puede que exista esa costumbre en el sector en cuestión».

el de la conclusión del contrato²⁸– y, por otro, la del art. 7.3.1 (2) PICC, en lo que se refiere al incumplimiento deliberado o imprudente que da motivos al acreedor para creer que no puede contar con la prestación en el futuro (art. III. 3:502 (2) DCFR). El art. 87.2 CESL sigue el esquema del DCFR, pero prescinde de cualquier cualificación (intencional o negligente) del incumplimiento. En relación con el derecho de resolución del vendedor, reconoce la esencialidad del impago del precio (art. 139.3 CESL).

El CV admite la posibilidad de resolver el contrato tras la fijación de un plazo infructuoso de cumplimiento en los casos en que el vendedor no entrega los bienes (art. 49.1 (b) CV) o el comprador no paga el precio y se niega a recibirlos (art. 64.1 (b) CV); si, por el contrario, el problema es la falta de conformidad o el cumplimiento defectuoso, la resolución exige el requisito de la esencialidad del incumplimiento (art. 25 CV)²⁹. Parecidamente, en el *soft law* es también solo el retraso lo que permite resolver tras el transcurso ineficaz del *Nachfrist* (arts. 9:301 (2) y 8:106 (3) PECL, III-3:503 DCFR), con la particularidad del art. 7.1.5 (3) PICC, que ni siquiera entonces permite resolver si resulta que la prestación incumplida es solo una mínima parte de la obligación. La regla general es, pues, que si el cumplimiento es puntual, pero defectuoso (en realidad: falto de conformidad), la fijación infructuosa de un plazo para que el deudor cumpla no convierte ese incumplimiento en esencial³⁰. El CESL sigue los tres primeros modelos (arts. 115.1, 135.1). Naturalmente, si el plazo de cumplimiento es esencial, de ese plazo adicional de cumplimiento puede prescindirse –nada impediría, con todo, dar al deudor una nueva oportu-

28. A propósito de la polémica en el art. 25 CV, *vid.* SCHROETER, «Comentario al art. 25 CISG», en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 4.ª ed., Rn 32-33, pp. 434-435, que también se muestra partidario de esa idea. En cualquier caso, parece que no cualquier circunstancia sobrevenida deberá impedir al deudor adaptarse a la nueva situación y cumplir, ya que eso es algo que exige la buena fe o el deber de colaborar entre las partes. Al respecto, GSELL, «Non-performance...», en Leible – Lehmann (eds.), *European Contract Law...*, p. 395.
29. SCHROETER, Art. 25 CV, en Schwenger (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary...*, Rn 11, 49-50, pp. 422, 447-449; FLECHNER, HARRY M., «Avoidance of Contract», en DiMatteo, Larry *et al.* (eds), *International...*, pp. 587-634, Rn 44-47, pp. 606-607.
30. Comentario C al art. 8:106 PECL; comentarios al art. III. 3:103 DCFR: «El procedimiento de notificación también puede utilizarse cuando un cumplimiento se efectúa puntualmente pero es defectuoso, aunque no en lo esencial. En tal caso, el acreedor no tendrá derecho a resolver el contrato, y no se lo conferirá notificar la concesión de una prórroga para proceder al cumplimiento. No obstante, la notificación puede aún desempeñar las útiles funciones de informar al deudor de que el acreedor todavía quiere que se efectúe el debido cumplimiento y de dar al deudor una última oportunidad antes de que el acreedor reclame el cumplimiento específico...».

nidad para cumplir (III. 3:103 DCFR)– y entonces proceder directamente a la resolución (art. 114.1, 134.1 CESL).

1.2. Incumplimiento esencial y «right to cure»

El *right to cure* es un derecho que tiene el deudor a subsanar o corregir la falta de conformidad frente a la pretensión del acreedor de ejercer otros remedios y, en lo que ahora interesa, el de declarar resuelto el contrato. Con independencia de las mayores o menores restricciones que los textos analizados puedan prever al derecho del vendedor de corregir el cumplimiento, atendiendo a los intereses legítimos del comprador, y con independencia también de que todas o algunas de esas situaciones puedan reconducirse a la noción de incumplimiento esencial³¹, los textos coincidirían en señalar que debe prevalecer el derecho a resolver cuando la corrección se ofrezca con posterioridad al momento fijado para el cumplimiento y el retraso en la puesta en conformidad suponga un incumplimiento esencial (art. 8:104 PECL, II. 3:202 (2) y (3) y 3:203 (a) DCFR, 109.4 (a) CESL).

No parece que las irregularidades en la prestación –la falta de conformidad– puedan calificarse *per se* de incumplimiento esencial antes de que el acreedor pueda ejercer el *right to cure* o, si se prefiere, se diría que el ejercicio del derecho a la corrección puede suspender los efectos de la resolución –incluso ya notificada– hasta el vencimiento del plazo para subsanar. Es como si el hecho de que el defecto pudiera ser reparado en un periodo de tiempo razonable excluyera la gravedad o esencialidad del incumplimiento o, visto de otra manera, como si suspendiera los efectos de la resolución, lo cual implicaría afirmar que la esencialidad del incumplimiento no excluiría el derecho a corregirlo. Ese es el planteamiento que parecería seguir el CV, a pesar de la complicada interpretación que ofrece la relación entre el art. 48 y 49³², el que igualmente serviría como modelo

31. Lo es el incumplimiento de mala fe y/o que permite al comprador pensar que el vendedor no cumplirá y, por eso mismo, es un freno al *right to cure* (art. 7.3.1 (2) (c) y (d) en relación con el art. 7.1.4 (c) PICC; art. III-3:502.2 (b) en relación con el art. III. 3:203 (b) DCFR; art. 87.2 (b) en relación con el art. 109.4 (b) CESL). Sin embargo, no parece que la causa de exclusión del *right to cure* que consiste en que la corrección del cumplimiento cause inconvenientes o retrasos al comprador (III-3:203 (c) DCFR, art. 109.4 (a) CESL) deba calificarse de igual manera que la que exige que el retraso cause un incumplimiento esencial (III-3:203 letra a DCFR, art. 109.4 letra c CESL). Lo destaca ZOLL, Art. 109 CESL, en Schulze (ed.), *Common European Sales Law...*, Rn 18, p. 500.

32. Vid. SCHROETER, «Comentario al art. 25 CSIG», en Schwenger (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary...*, Rn 47-48, Rn 50, pp. 445-447, p. 448; y MÜLLER-CHEN, MARKUS, «Comentario al art. 48 CSIG», en Schwenger (ed.), *Schlechtriem & Schwenger*

al art. 7.1.4 (2) y (3) PICC³³, y el que defienden los autores a la hora de interpretar el DCFR³⁴. Seguramente está ínsito igualmente en el CESL (cfr. art. 109.3 CESL)³⁵.

Para las ventas de consumo rigen reglas especiales. Así, el incumplimiento no debe ser esencial y basta con que no sea insignificante (cfr. art. III. – 3:502 y art. IV.A. 4:201 DCFR; art. 114 CESL). Además, a diferencia de lo que prevé el art. 3.5 Directiva 99/44, el CESL no obliga al vendedor a corregir el cumplimiento (reparación/sustitución) antes de que el comprador pueda optar por la resolución, ni tampoco le protege frente a la decisión del comprador de resolver concediendo a este último un derecho a esa subsanación (art. 106.3 (a); art. 109.3, 114.2).

2. LA GENERALIZACIÓN DEL MODELO DE «NACHFRIST» EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

2.1. En la compraventa

En la Directiva 99/44 no es la esencialidad del incumplimiento lo que permite resolver, sino que el vendedor no haya corregido el cumplimiento en un plazo razonable. El comprador solo puede resolver después de que ese plazo haya transcurrido sin que el vendedor haya subsanado la falta de conformidad, sin perjuicio de que pueda hacerlo inmediatamente si la corrección del cumplimiento es imposible o no puede realizarse sin inconvenientes para él. La Directiva no exige al consumidor establecer un plazo antes de resolver –y por eso la doctrina alemana denuncia incorrección en la transposición del § 323.1 BGB, que siempre lo exige³⁶– pero es evidente que

zer Commentary..., Rn 14-16, pp. 768-769, a quien sigue KRUISINGA, SONJA, «The Seller's Right to Cure in the CISG and the Common European Sales Law», *ERPL*, 2011, 6, pp. 907-919, pp. 915-917. También se hace eco, recientemente, MIRAMBELL FARGAS, *The seller's right to cure...*, pp. 150-151, que ofrece un planteamiento ligeramente distinto al reflejado en el texto.

33. Comentario 3 al art. 7.1.4 (2) PICC (p. 205): «La subsanación no se ve impedida solo porque el incumplimiento sea considerado esencial. Los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la resolución incluye la determinación de si esta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial»; ídem comentario 8 (p. 207).
34. GSELL, «Non performance...», en Leible – Lehmann (eds.), *European Contract Law...*, pp. 407-408.
35. ZOLL, Art. 109 CESL, en Schulze (ed.), *Common European Sales Law...*, Rn 22-23, p. 501.
36. KOCH, RAPHAEL, «La entrega fuera de plazo en la compra de bienes de consumo: el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE y su transposición al BGB», en Orti Vallejo, Antonio – Jiménez Horwitz, Margarita (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa*.

la regulación legal se orienta según el modelo del *Nachfrist*, como demuestra el hecho de que, como regla general, el ejercicio del segundo grupo de remedios –y, en lo que ahora interesa, la resolución– depende completamente de que haya transcurrido sin éxito un periodo de tiempo puesto a disposición del vendedor para corregir el cumplimiento (reparar o substituir)³⁷. Lo que en algunos textos de *soft law* o derecho uniforme es un *right to cure* del vendedor que, eventualmente, puede condicionar la resolución del contrato por parte del comprador, en la Directiva, para los contratos B2C, se transforma en un deber del consumidor de exigir la prestación antes de poder resolver y, correlativamente, en una segunda oportunidad para el vendedor. La justicia de esa solución, para ese tipo de ventas, es opinable³⁸ y, sin embargo, es también la que siguen ahora la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales (art. 12.3)³⁹ y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (art. 9.3)⁴⁰.

El art. 18 Dir. 2011/83, en relación con la entrega retrasada de las mercancías, opta claramente por el modelo del *Nachfrist*, del que solo permite

Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 121-134, pp. 129-130; BÜLOW – ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn 471, p. 192; Heiderhoff, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, 4.ª ed., Rn 495, p. 240.

37. SCHULZE, REINER – ZOLL, FRYDERYCK, *European Contract Law*, 2.ª ed., Baden-Baden et al., Beck-Hart-Nomos, 2017, § 6 Rn 64, p. 271; BÜLOW – ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn 459, p. 187, con cita de BGH NJW 2006, 1195, Tz. 18.
38. A favor, MIRAMBELL FARGAS, *The seller's right to cure...*, pp. 44-45. Para una posición más *consumer friendly*, MANKO, RAFAL, «Towards new rules on sales and digital content. Analysis of the key issues», *Indepth Analysis*, EPRS European Parliamentary Research Service, March 2017-PE599.359; ARROYO AMAYUELAS, ESTHER, «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *InDret*, 2016, 3, pp. 1-33, p. 18.
39. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales* (Bruselas, 9.12.2015, COM(2015) 634 final). El texto ha sido objeto de numerosas enmiendas, a las que se hará referencia, en lo pertinente, más adelante.
40. La inicial Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes* (Bruselas, 9.12.2015 COM (2015) 635 final) fue modificada por la Comisión que, con fecha 31 de octubre de 2017, realizó una nueva Propuesta (en adelante, propuesta sobre compraventa de bienes) que ya no limita su ámbito de aplicación a las ventas *online*. *Vid.* Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, amending Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council and Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council* (COM(2017) 0637-C8 0379/2017-2015/0288(COD)). El texto ha sido objeto de numerosas enmiendas, a las que se hará referencia, en lo pertinente, más adelante.

prescindir en ocasiones⁴¹. De acuerdo con el art. 18.2, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en un plazo máximo de 30 días, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. El consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si el vendedor no entrega los bienes en dicho plazo adicional. Sin embargo, hay excepciones a la necesidad de fijar ese periodo adicional de cumplimiento: si no es posible exigir la entrega retrasada, porque el vendedor declara que no cumplirá, porque el plazo de entrega es esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en la conclusión del contrato, o porque así lo había advertido el consumidor. En todos esos casos, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato. En esa línea se orientan igualmente los art. 115.1, 116, 135, 136 CESL.

En cualquiera de esas hipótesis, el transcurso del plazo convierte en resolutorio un incumplimiento que antes no lo era. La única particularidad, en las ventas de consumo, ante una falta de conformidad, es que no es posible resolver si el incumplimiento es de poca importancia (art. 3.6 Directiva 99/44). Decir que el incumplimiento «no sea de poca importancia» (o «menor») expresa la idea de que este debe tener cierta entidad, pero no equivale a decir que el incumplimiento debe ser esencial⁴². La razón de la diferencia es que cuando los remedios están jerarquizados, el vendedor ya ha tenido la oportunidad de evitar la resolución mediante la corrección del cumplimiento; por el contrario, si el acreedor tiene un *ius variandi* y ya, de entrada, puede optar por la resolución, es lógico que se exijan requisitos más estrictos, precisamente porque la resolución no solo le libera a él de cumplir, sino que también impide al deudor que cumpla él con su propia prestación⁴³.

No me consta que en España existan criterios específicos para detectar cuándo se está ante un defecto relativamente pequeño, de escasa importancia, insignificante o sin trascendencia suficiente. Serán admisibles, pues, tanto los criterios objetivos (repercusión de la falta de conformidad sobre el valor del bien; aptitud para el uso) como los criterios subjetivos (importancia que le otorga el consumidor). Una falta de conformidad poco

41. Crítico, CARRASCO PERERA, Ángel, «Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TR-LGDCU)», en Orti Vallejo – Jiménez Horwitz (dirs.), *Estudios...*, pp. 103-120, p. 108.

42. Ampliamente sobre el particular, FENOY PICÓN, «La entidad...», *op. loc. cit.*

43. SIVESAND, HANNA, *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions necessary?*, Sellier, Munich, 2005, pp. 135 ss, esp. pp. 152-153.

importante en si misma considerada no se convierte en trascendente por el hecho de resultar difícil de subsanar, si atendemos a la solución española del caso que dio lugar a la STJUE Duarte Hueros⁴⁴. En Alemania se han acabado imponiendo los criterios objetivos. Inicialmente el BGH había declarado que la falta de conformidad era menor o insignificante cuando el coste de la reparación constituía un pequeño porcentaje del precio de adquisición⁴⁵. La doctrina cuestionó con razón ese enfoque, porque no siempre el coste de la reparación refleja la importancia del defecto (vgr. la reparación de unos frenos puede ser barata, pero es mucho lo que se gana en seguridad) y, además, puede objetarse que el criterio solo tiene aplicación para las cosas que admiten esa reparación. Sin embargo, el BGH ha profundizado en esa línea, seguramente porque es la que conviene a la seguridad jurídica. Así, recientemente, ha concretado la «insignificancia» en menos de un 5% del precio de venta⁴⁶. Se ha llegado incluso a considerar igualmente «relevante» la falta de conformidad cuando el vendedor actúa dolosamente.

2.2. Otros contratos, además de la compraventa

La Directiva sobre viajes combinados establece que cuando una falta de conformidad afecte sustancialmente a la ejecución del viaje combinado y el organizador no la haya subsanado en un plazo razonable establecido por el viajero, este podrá poner fin al contrato de viaje combinado sin

44. STJUE C-32/12, de 3 de octubre de 2013. La sentencia hubiera sido una buena oportunidad para que el TJUE hubiera establecido qué debía entenderse por «defecto menor», a la vista de las disparidades nacionales. *Vid.* Conclusiones de la Abogado General, Sra Juliane Kokott, de 28 de febrero de 2013 (§ 57): «Sin embargo, dado que la escasa importancia del defecto es, con todo, una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión, me permito indicar lo siguiente: el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado hasta el momento sobre el concepto de "escasa importancia" que figura en el artículo 3, apartado 6, de la Directiva. En casos aparentemente comparables, otros tribunales europeos, en particular también tribunales superiores nota 32, con cita la de la Sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán de 5 de noviembre de 2008, VIII ZR 166/07 han declarado que la filtración de agua por el techo de un descapotable nuevo no debe considerarse un defecto de escasa importancia... En los referidos casos no se tuvo en cuenta que, a pesar de la entrada de agua, el vehículo pueda seguir sirviendo de medio de transporte, que es el argumento con el que el Juez remitente fundamenta su conclusión en la petición de decisión prejudicial. Por tanto, en aras de la uniformidad del Derecho de la Unión habría sido deseable, y también para la resolución del litigio de que conoce habría resultado a buen seguro conveniente, que el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Badajoz hubiera planteado al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial también la cuestión de la escasa importancia del defecto y, con ello, de la interpretación del artículo 3, apartado 6».

45. BGH 14.09.2005, BGH 29.06.2011.

46. BGH 28.05.2014.

pagar ninguna penalización por terminación (art. 13.6). En algunos casos no ha de ser necesario especificar un plazo, en particular cuando sea necesaria una solución inmediata (EM, 34) y si es imposible o comporta un coste desproporcionado (art. 13.4).

La Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes (art. 9.3) y la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales (art. 12.5) siguen el esquema del *Nachfrist* y, en la misma línea de la Directiva 99/44, conceden al vendedor un plazo razonable para la puesta en conformidad, sin necesidad de que el consumidor lo establezca (aunque no quede absolutamente excluida la posibilidad de pactarlo)⁴⁷, si bien de él también se puede prescindir en las hipótesis habituales, ahora ampliadas⁴⁸.

Ahora bien, a pesar de las similitudes, conviene hacer notar algunas diferencias entre ambos textos. Así, mientras que la Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes no exige ningún requisito adicional para poder proceder a la resolución tras el transcurso del plazo (art. 9.3), de manera

47. En relación con la Propuesta sobre contratos de suministro de contenidos digitales, el Consejo propone incluir la aclaración en el Preámbulo. *Vid.* Council of the European Union, Interinstitutional File: 2015/0287(COD). Brussels, 8 may 2017. Doc. 8800/17, nota 55: «Un considerando podría aclarar que nada impide al consumidor y al proveedor acordar un plazo para la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales por parte del proveedor». SCHULZE – ZOLL, *European...*, § 6, Rn 69, p. 273, admiten que el pacto siempre es posible porque la directiva no lo excluye. En otro orden de consideraciones, la enmienda 26 del Parlamento Europeo al Cdo 28 de la Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes pretende substituir el «plazo razonable» por el de un mes: «Si el comerciante no subsana la falta de conformidad mediante la reparación o la sustitución sin mayores inconvenientes para el consumidor y en el plazo de un mes, el consumidor tendrá derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato». Además, enmiendas 95 (art. 9 *bis*, nuevo), 97 (art. 10 apartado 3 *bis* nuevo), 114 (art 115 apartado 5 *bis* nuevo, letra *b*, que se aparta de los anteriores redactados cuando no impone ese plazo de un mes con carácter imperativo, sino que admite, con mayor lógica, que el plazo deba ser razonable y, en cualquier caso, de un mes, dando a entender, así, que es un plazo máximo). *Vid.* Informe, de 27 de febrero de 2018, de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor PE 593.817v04-00. A8-0043/2018. Ponente: Pascal Arimont.

48. En relación con la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales, *vid.* la enmienda 107 del Parlamento Europeo que, entre otros, añade al art. 12 una letra *b bis*: «aparece una falta de conformidad pese al intento del comerciante de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad». Las enmiendas pueden leerse en el Informe, de 27 de noviembre de 2017, de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y Comisión de Asuntos Jurídicos. PE 592.444v02-00. A8-0375/2017. Ponentes: Evelyne Gebhardt, Axel Voss. La enmienda 90 del Parlamento Europeo al art. 9.3 letra *b bis* (nueva) de la Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes recoge igualmente el intento de subsanación fallido del comerciante. *Vid.* todavía lo que se dirá luego en el texto a propósito de la hipótesis de falta de conformidad grave, introducida por la enmienda 92 (art. 9 apartado 3 letra *c bis*, nueva).

que la resolución es factible aunque el defecto sea de escasa importancia⁴⁹, la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales solo permite la resolución cuando existan problemas de interoperabilidad, u otros problemas de funcionamiento, tales como accesibilidad, continuidad y seguridad, de acuerdo con lo previsto en el art. 6.1 letra a y 2 (art. 12.5)⁵⁰. No queda claro si eso equivale a una falta de conformidad que afecta *sustancialmente* al contrato, de acuerdo con la expresión utilizada en la Directiva sobre viajes combinados, que es una noción próxima a la de incumplimiento *esencial* de los textos de derecho uniforme y *soft law*; o si más bien resulta que, en la línea marcada por la Directiva 99/44, hay que entender que tales fallos nunca podrán considerarse un defecto menor. Las explicaciones que acompañan al art. 13, cuando advierten que la resolución es posible «siempre que la falta de conformidad se refiera a las características de las prestaciones principales» no lo aclaran y, por eso, dan a entender que no debe importar la gravedad⁵¹. Sea como fuere, es evidente que la resolución del contrato también debería ser posible ante la falta de conformidad en las otras hipótesis especificadas en las letras (a) (b) (c) y (d) (faltas de conformidad en la cantidad, calidad, duración y versión; aptitud para el uso concreto; suministro junto con las instrucciones; actualización según lo acordado), sobre todo si el proveedor no ha podido remediarlas antes y si, además, resulta que la rebaja del precio es imposible (*vgr.* en la hipótesis de entrega de datos como contraprestación)⁵². En ese sentido, es preferible leer el art. 12.5 de la Propuesta a través del tamiz que impone el Cdo 37, y entender que la

-
49. Considerando 29 Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes: «Considerando que el derecho a resolver el contrato debido a la falta de conformidad es una forma de subsanación importante aplicable cuando la reparación o la sustitución no sean factibles o hayan fracasado, el consumidor también debe poder acogerse al derecho a resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad sea de escasa importancia. Esto debe suponer un fuerte incentivo para subsanar todos los casos de falta de conformidad en una fase precoz». Se mantiene el texto de la anterior propuesta sobre ventas *online* y, por tanto, se amplía la protección al consumidor respecto de la actual Directiva 99/44. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, «La propuesta...», pp. 25-26.
50. Remarcan el contraste, SCHULZE – ZOLL, *European...*, § 6, Rn 69, p. 274; CLAEYS – VANCOILLIE, «Remedies...», p. 203; ARROYO, «La propuesta...», pp. 25-26; CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, 2016, 3, pp. 1-92, p. 61.
51. La doctrina pone de relieve, con razón, que la falta de conformidad que afecte a las características principales/esenciales de funcionamiento no tiene por qué equivaler a un incumplimiento esencial. *Vid.* SCHULZE – ZOLL, *European...*, § 6, Rn 69, p. 274; CÁMARA «El régimen...», p. 62.
52. CLAEYS – VANCOILLIE, «Remedies...», p. 203. Para una interpretación correctora de la norma, pero todavía limitada, en el sentido de admitir la resolución en cualquier hipótesis que afecte a elementos esenciales del contrato o cuando quepa recon-

afectación de las características principales de funcionamiento es solo un ejemplo que permite acudir a la resolución⁵³.

El Parlamento Europeo y también el Consejo de la Unión Europea han introducido enmiendas en ambas regulaciones y tratan de armonizarlas aunque no siempre en beneficio del consumidor. Así, tanto para la compraventa de bienes como para el suministro de contenidos digitales se pretende que el consumidor solo pueda resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad no sea de escasa importancia⁵⁴. Podría parecer que eso significa que la falta de conformidad debe ser grave (o esencial), en la línea de lo que luego exigen otras enmiendas⁵⁵, pero más bien parece que, ante esa gravedad, lo procedente es la resolución inmediata sin necesidad de tener que otorgar al vendedor un plazo razonable para la resolución. En todo caso, siempre es grave la falta de conformidad que justifica la resolución del contrato (de contenidos digitales) cuando:

«[...] no pueda esperarse que el consumidor mantenga su con-

ducir la falta de conformidad a defectos que afecten las características principales de funcionamiento, CÁMARA, «El régimen...», p. 63.

53. *Vid.* Cdo 37: «El derecho de un consumidor a resolver el contrato debe limitarse a aquellos casos en los que, por ejemplo, no sea posible poner los contenidos digitales en conformidad y la no conformidad afecte a sus características principales de funcionamiento». Llama la atención sobre la discordancia entre el art. 12.5 y el Considerando, CÁMARA, «El régimen...», p. 62.
54. Parlamento Europeo, enmienda 27 al Cdo 29 de la Propuesta de directiva sobre compraventa de bienes: «...» el consumidor debe poder acogerse al derecho a resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Luego, la enmienda 92 al artículo 9.3 letra *c bis* (nueva) daría a entender que es la gravedad de la falta de conformidad lo que justifica la resolución, aunque también podría interpretarse en el sentido de que, si es grave, no es preciso obligar al consumidor a que el vendedor intente subsanar: «la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato...». *Vid.* también, Parlamento Europeo, enmienda 107 al art. 12.5 de la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales. Hay que hacer notar la distinta redacción en inglés y en castellano de ese texto. Así, mientras que la redacción inglesa dice que «The consumer may terminate the contract only if the lack of conformity with the contract is not minor» (coincide con la versión francesa: «Le consommateur ne peut résilier le contrat que si le défaut de conformité n'est pas mineur») la versión española afirma que: «El consumidor puede resolver el contrato solo si la falta de conformidad con el mismo es mínima». El Consejo (*vid.* referencias al documento en nota 45) está de acuerdo y en el documento de transacción la versión castellana es correcta (*vid.* redacción art. 12.5: «...» only if the lack of conformity is not minor /solo si la falta de conformidad no es menor).
55. En la línea de lo previamente manifestado por el Parlamento Europeo en su enmienda 92 al artículo 9.3 letra *c bis* (nueva) al texto de la Propuesta de directiva sobre compraventa de bienes, el texto transaccional del Consejo de la Unión Europea incorpora ahora una nueva letra *c* en el art. 12.3 de la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales, que alude a la gravedad de la falta de conformidad.

fianza en la capacidad del proveedor para poner en conformidad los contenidos o servicios digitales debido a la gravedad de la falta de conformidad o debido a un incumplimiento anterior del proveedor de puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales o cuando sea evidente que el proveedor no pondrá en conformidad los contenidos o servicios digitales. Por ejemplo, el consumidor debe tener derecho a pedir directamente la resolución del contrato o la reducción del precio cuando se le suministre un software antivirus que esté infectado con un virus y que constituya un ejemplo de dicha falta grave de conformidad⁵⁶».

Por otra parte, la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales permite la resolución cuando el vendedor haya incumplido su deber de suministrarlos, de conformidad con el art. 5, es decir, cuando no los proporcione de forma inmediata tras la conclusión del contrato o en el plazo acordado por las partes (art. 11). Eso significa que la resolución es posible incluso en el caso de retrasos leves. Es una aproximación al problema poco consistente con la prevista en el art. 18.2 Directiva 2011/83⁵⁷ y, por eso, en la búsqueda de mayor coherencia, nuevas enmiendas tratan de procurar que las hipótesis previstas en este último artículo sean también de aplicación al contrato de suministro de contenidos digitales. De nuevo, esas enmiendas rebajan el nivel de protección del consumidor⁵⁸.

IV. A PROPÓSITO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

1. LA RECIENTE PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA APDC

Ya se ha dicho que, en España, la necesidad de que sea el juez quien declare resuelto el contrato también se ha ido relajando por obra de la jurisprudencia; esa evolución culmina ahora en la Propuesta de la APDC, que deja claro que la facultad resolutoria «ha de ejercerse mediante notificación a la otra parte» (art. 518-13.2) y generaliza la idea de que es preciso fijar un plazo para que el deudor cumpla antes de que el acreedor pueda resolver. Nada debería

56. Art. 12.3, letra c del Texto transaccional del Consejo, a propósito de la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales, nota 58.

57. Lo señalan muy bien SCHULZE – ZOLL, *European...*, § 6, Rn 69, p. 274; CÁMARA, «El régimen...», pp. 50-51.

58. *Vid.* ahora Parlamento Europeo, enmiendas a la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales: enmienda 47 al Cdo 35, enmienda 96 al art. 5.2, enmienda 106 al art. 11. En la misma línea, el texto transaccional propuesto por el Consejo de la Unión Europea.

impedir un requerimiento de pago que a la vez incorporara un requerimiento resolutorio.

A pesar de que la regulación no es siempre todo lo clara que sería deseable, hay que entender que cuando el incumplimiento es esencial, el plazo adicional de cumplimiento es innecesario (art. 518-13); tampoco es preciso si el deudor declara expresamente que no cumplirá (art. 518-14.3); y, en fin, si ya se ve que no va a cumplir y ese incumplimiento es esencial (art. 518-14.2). La Propuesta no especifica cuándo el incumplimiento es esencial. Solo indica que ante el retraso (falta de entrega) o la falta de conformidad (cumplimiento defectuoso) la resolución es posible tras el transcurso del plazo razonable fijado al deudor (art. 518-14.1)⁵⁹. Se diría, pues, que esa es la regla general. La regulación se aproxima al modelo alemán y presenta una diferencia fundamental con el *Code*. Efectivamente, mientras que, en esos mismos supuestos, en el *Code* la resolución depende de la gravedad, en el anteproyecto español depende del transcurso del plazo; es este el que tiene la virtud de convertir en resolutorio un incumplimiento que antes no lo era (art. 518-14.1). Además, la resolución unilateral por notificación no coexiste con la resolución judicial, exactamente igual que en el Derecho alemán. Eso no significa que el deudor no pueda contestar judicialmente la resolución decidida unilateralmente por el acreedor. Se sobreentiende que podrá hacerlo si el plazo dado para cumplir no ha sido razonable (¿hubiera sido preciso establecer cuándo lo es?) o si la resolución se ejerce tardíamente (art. 518-15).

Si se compara con el modelo francés, no cabe duda de que el modelo español se orienta más hacia la protección del acreedor y, aunque quizás requeriría algún ajuste para evitar que cualquier nimiedad permitiera resolver tras el transcurso del plazo (art. 7.1.5 (4) PICC; § 323.5 BGB), su principal virtud es que evita tener que entrar a considerar cuándo se debe considerar grave o esencial el incumplimiento. Ciertamente, todavía será posible discutir judicialmente en algunos casos si el incumplimiento era o no esencial cuando el acreedor haya resuelto sin otorgar plazo. Con todo, la objeción quedaría salvada, por lo menos para las ventas de consumo, en el art. 541-4 (a), donde se especifica que la esencialidad se refiere al plazo de entrega cuando el comprador así lo ha hecho saber al vendedor.

2. LA COMPRAVENTA EN CATALUÑA

El CCCat contiene reglas aplicables a la generalidad de compraventas, pero añade ciertas especialidades para las de consumo (art. 621-2, 621-5.5,

59. Es discutible si esa regla rige para la falta de conformidad en la compraventa de consumo, puesto que el art. 541-8 no obliga al consumidor a fijar plazo alguno.

621-13.2, 621-15.2, 621-21.2, 621-24.2, 621-25.2, 621-27.4, 621-28.1, 621-34.3, 621-45.2)⁶⁰. El legislador catalán ha tomado en consideración fundamentalmente la regulación contenida en el CESL que, como se ha visto, no se aparta en exceso de otros textos precedentes⁶¹. En general, existe coincidencia con el CESL en los siguientes aspectos:

1. Cuando hay un incumplimiento esencial, cualquiera de las partes puede resolver el contrato (arts. 87.2, 114.1, 134 CESL; art. 621-41.1 CCCat), sin perjuicio del derecho del vendedor a corregir el cumplimiento cuando este tenga su origen en la falta de conformidad, tanto si cumple demasiado pronto, como si lo hace cuando vence la obligación (arts. 106.2 (a), 109 CESL; art. 621-39.1 y 2 CCCat). También es posible la resolución anticipada cuando el deudor declara que no cumplirá o tal incumplimiento esencial es fácilmente previsible (arts. 116, 136 CESL; art. 621-41.4 CCCat). Se precisa además que el incumplimiento también es esencial cuando priva sustancialmente a la parte de aquello a lo que tenía derecho según el contrato (art. 87.2 (a) CESL, art. 621-41-2).
2. Antes de resolver, el art. 621-13.3 CCCat obliga a establecer un plazo de cumplimiento para los casos de mero retraso que no conducen a un incumplimiento esencial (cfr. arts. 115, 135 CESL). El transcurso del plazo no da lugar a la resolución sino a la posibilidad de resolver, es decir, no hay una resolución automática salvo, claro está, que la concesión de plazo comporte a la vez un requerimiento de resolución (art. 621-41.5 CCCat, en la línea de lo dispuesto en los arts. 115.3, 135.3 CESL).

Sin embargo, la convergencia con el CESL no es total. Por un lado, el CCCat se aparta del CESL y de la mayor protección que este ofrece al consumidor, porque el art. 621-39 CCCat concede un *right to cure* al vendedor en cualquier tipo de ventas, a pesar de que, como se sabe, el CESL no lo impone en las ventas al consumo (art. 106.3 (a), 114.2). Por otro lado, el CCCat se aparta también del CESL y, la vez, de la mayor protección al consumidor que proporciona la Directiva 99/44, porque exige que la resolución solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento sea esencial (art. 621.39.2 (c), art. 621-41.1 CCCat) a pesar de que, para las ventas

60. GRAMUNT FOMBUENA, MARILÓ, «La incorporación de las normas de consumo en el Proyecto de Libro VI del Código Civil catalán: La compraventa», en Llácer Matcás, M.^a Rosa (coord.), *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho Civil catalán*, Madrid, Dyckinson, 2015, pp. 137-147.

61. Un apunte de concordancia entre el CCCat y los textos uniformes y de *soft law* en relación con el *right to cure* y la técnica del *soft law*, MIRAMBELL FARGAS, *The seller's right to cure...*, pp. 61-64.

de consumo, la Directiva solo exige que la resolución pueda tener lugar siempre que la falta de conformidad no sea una bagatela. Además de un apartamiento del CESL, la desviación supone una infracción de la Directiva susceptible de ser sancionada por la Comisión europea.

2.1. Algunas lagunas y una oportunidad perdida

Ya se ha dicho que, sin distinguir según la venta sea o no de consumo, el art. 621-39 CCCat consagra el derecho del vendedor a corregir el cumplimiento, lo cual puede paralizar la pretensión del comprador a resolver, que es un remedio que, como cualquier otro, solo puede ejercer una vez notificada la falta de conformidad (aunque, inopinadamente, tal notificación no se exija cuando el vendedor cumple antes de que venza la obligación; cfr. art. 109.1 CESL). Ahora bien, no existe precepto alguno que especifique si el derecho a corregir el cumplimiento queda excluido cuando ya se ha producido la notificación de resolución (cfr. art. 109.3 CESL).

El CCCat sí que aclara que el comprador puede rechazar razonadamente la posibilidad de corrección del cumplimiento que el vendedor le ofrece, bien porque este no puede llevarse a cabo sin inconvenientes o retraso (¿por qué no se exige aquí el plazo de 30 días que, en cambio rige para la entrega de los bienes, art. 621-13.3 CCCat?), bien porque ya no se fía ya de su competencia o habilidad, bien porque el retraso comportaría un incumplimiento esencial (art. 621-39.2); pero ninguna norma aclara que el comprador puede entonces ejercitar cualquier remedio disponible (entre ellos, la resolución)⁶². Además, puesto la noción de incumplimiento esencial viene concretada exclusivamente a la hipótesis de falta de conformidad que no pueda arreglarse a tiempo, parece que los tribunales están llamados a decidir si en otros casos la resolución es posible previa constatación de un incumplimiento esencial. En particular, los defectos que no han podido ser corregidos⁶³. A la vista de la discrecionalidad a que todo ello puede dar lugar, no cabe sino concluir que hubiera sido más lógico prescindir de la noción de incumplimiento esencial, por lo menos siempre que el vendedor hubiera dispuesto efectivamente de una segunda oportu-

62. Sin embargo, da por hecho que eso es lo que sucede, GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS, «Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código Civil de Catalunya, relativa a las obligaciones y los contratos», en Institut de Dret privat europeu i comparat de la UdG (ed.), *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona, Documenta, 2015, pp. 121-154, p. 144.

63. Según otra tesis, la falta de conformidad persistente (no subsanada) equivaldría al concepto de incumplimiento esencial. Así, aunque no refiriéndose al Derecho civil catalán, VAQUER ALOY, ANTONI, «La resolución del contrato», en *La armonización...*, pp. 219-257, p. 241.

tunidad; es así, con mayor motivo si se tiene en cuenta que cuando es la ley la que da el plazo para que el vendedor subsane, este plazo (razonable) lo fija el vendedor y no el comprador (art. 621-39)⁶⁴. Recientemente, las enmiendas del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva sobre compraventa de bienes aclaran que el intento de subsanación fallido del vendedor sí que permite resolver⁶⁵. Si esa solución se acaba imponiendo, la regulación catalana requerirá una interpretación correctora en relación con las ventas de consumo.

2.2. Algunas dudas acerca de la razonabilidad del plazo adicional de cumplimiento

El acreedor debe fijar un plazo razonable cuando da una segunda oportunidad al deudor para que cumpla cuando el retraso en la entrega no es esencial y todavía cabe confiar en la entrega de los bienes. El CC-Cat no dice en qué consiste la razonabilidad del plazo, sino solo que lo será si es adecuado a las circunstancias (expresión que se repite en el art. 621-13.3 y en el art. 621-41.3) y, sobre todo, lo será si la contraparte no se opone sin dilación indebida (art. 115.2, 135.2 CESL). Con todo, la cláusula no negociada que impusiera la aceptación de un plazo demasiado corto para pagar u otro demasiado largo para entregar los bienes, debería ser reputada abusiva, mucho más si esos plazos no guardan correspondencia entre sí. Hubieran sido deseables algunas orientaciones sobre la duración del plazo. Así, para la obligación de pago del precio por parte del comprador, el art. 135.2 CESL exige que el plazo adicional que le fije el vendedor no sea inferior a 30 días. Quizás sería lógico entender que, en las ventas de consumo, cuando sea el comprador quien fije plazo adicional al vendedor para que entregue los bienes, este tampoco debería disponer de más de 30 días, porque ese el tiempo legalmente establecido para entregar los bienes, a falta de otro acuerdo válidamente alcanzado (art. 621-13.2 CCCat, que debería añadir «máximo»; cfr. art. 95.2 CESL; art. 18.1 Dir. 2011/83)⁶⁶.

64. Desde otro punto de vista, entiende que el plazo lo otorga el comprador, porque depende de él que exista o no *right to cure*, GÓMEZ LIGÜERRE, «Remedios...», p. 144.

65. *Vid.* Parlamento Europeo, enmienda 90 al art. 9, apartado 3 letra b bis (nueva): «se ha manifestado una falta de conformidad pese al intento del comerciante de poner los bienes en conformidad»; enmienda 92 al art. 9, apartado 3, letra c bis (nueva): «la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato» (esa gravedad puede venir determinada por el intento fallido del vendedor de poner los bienes en conformidad, aunque no necesariamente). Antes, § 440 BGB.

66. Esa solución sería preferible a la que proporciona el art. 621-28 CCCat, que establece un plazo de dos meses para que el comprador denuncie la falta de conformidad. Sin embargo, aprecian identidad de razón entre ese plazo y el que ahora se discute

3. VALORACIÓN

La regla fundamental en materia de resolución del contrato en el CC español es el art. 1124 que, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, exige un incumplimiento esencial. A la vista de la discrecionalidad judicial que puede comportar esa apreciación, la doctrina española, a veces con matices diferenciadores, hace tiempo que defiende la bondad de un sistema de *Nachfrist* que evita que sea un juez quien se pronuncie sobre la resolución del contrato⁶⁷. También la jurisprudencia ha aludido a la «imprescindible finalidad a la que sirve el plazo» para aclarar que una vez transcurrido el fijado voluntariamente por el acreedor ya no es posible exigirle, conforme a la buena fe, que este quede vinculado al contrato⁶⁸. Esa fijación voluntaria de plazo para el cumplimiento es la que recoge el art. 66 *bis* TR-LGDCU, por efecto de la transposición del art. 18 Directiva 2011/83, y también estaría implícita en el art. 1504 CC, según algunos autores⁶⁹. Se diría, pues, que es una solución acertada que la Propuesta de la APDC opte por generalizar ese sistema. Lo bueno de la Propuesta es que admite la resolución extrajudicial y unilateral del acreedor, tras la fijación de un plazo, con independencia del tipo de incumplimiento; es decir, no solo ante el retraso. Lo malo, quizás, es que no consigue desprenderse de la noción de incumplimiento esencial y eso introduce confusión. Efectivamente, no parece congruente exigir que el incumplimiento resolutorio deba ser esencial, a la vez que se permite la resolución por el simple trans-

para ese otro supuesto de hecho, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE – DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO – VAQUER ALOY, ANTONI, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Barcelona et al., 2018, p. 185.

67. Vid. RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 229-231; GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª DEL CARMEN, «Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores», en Carrasco Perera, Ángel (ed.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013, II, pp. 1275-1283. Con detalle, SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, 2011, 4, pp. 1685-1724; FENOY PICÓN, NIEVES, «La *Nachfrist*», *el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro VI del Código civil de Cataluña*, *ADC*, 2015, 3, pp. 802-1082, esp. 932 ss.
68. STS 25 de mayo de 2016, Ponente Fernando Pantaleón (RJ, 2016, 4301): «El Código civil español –a diferencia de otros muchos europeos– no contempla la institución del “plazo adicional”; pero la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida».
69. Rodríguez-Rosado, *Resolución...*, p. 230.

curso del plazo, porque esto último es, precisamente, lo que evitaría tener que entrar a juzgar la gravedad o esencialidad del incumplimiento. Probablemente lo que se ha querido decir es que hay casos en los que no es necesario otorgar plazo antes de resolver. Hubiera sido preciso explicarlo así y señalar cuáles son esos casos.

En la regulación de la compraventa el CCCat también acoge la resolución unilateral y extrajudicial del acreedor, pero todavía mantiene dos criterios de resolución distintos, según la causa que determina el incumplimiento sea la falta de conformidad o el retraso. No debe omitirse la crítica a un modelo que no generaliza el sistema del *Nachfrist* como modo de resolución extrajudicial y que todavía recurre a la noción de incumplimiento esencial para hacer depender de él el remedio resolutorio, incluso en la hipótesis de falta de conformidad en las ventas de consumo.

V. CONCLUSIONES

El derecho privado europeo prevé una resolución del contrato, mediante notificación al deudor, que es extrajudicial y unilateral del acreedor. Esa no es una regulación común en todos los ordenamientos jurídicos nacionales, o, por lo menos, no lo es sin prescindir de la posible revisión judicial posterior, que permita comprobar si la resolución está bien hecha, como se ha tenido ocasión de comprobar con el estudio de los ordenamientos jurídicos francés y español. Lo dicho es así, salvo que se trate de supuestos cuya regulación venga impuesta por las directivas comunitarias, como sucede con los casos de resolución que traen causa del retraso en la entrega. Ahora bien, si nada lo impide, la resolución precedida de *Nachfrist* (o modelo equivalente) será la modalidad que se acabe imponiendo ante las faltas de conformidad en cualquier compraventa de consumo (*online* y *offline*) y también en el contrato de suministro de contenidos digitales. Además, tras las enmiendas introducidas por el Parlamento y el Consejo, las respectivas Propuestas de Directiva plantean exigencias parecidas: en ambos casos, la falta de conformidad que puede dar lugar a la resolución del contrato no debe ser de escasa importancia.

La ventaja de la resolución unilateral del acreedor mediante notificación, tras el transcurso de un plazo, es que evita la imprevisibilidad inherente a toda decisión judicial y los costes de transacción derivados del proceso. Además, exactamente igual que si la resolución fuera judicial –y aun con mayor probabilidad– gracias a la concesión de ese plazo, el deudor siempre puede contar con una segunda oportunidad de cumplimiento. Más protección no es necesaria, precisamente porque el otorgamiento de ese plazo es lo que impide al acreedor valerse de hipotéticos compor-

tamiento oportunistas sin perjuicio, quizás, de tener que aclarar expresamente que la resolución solo debería ser posible si el incumplimiento no es insignificante. Eso es algo que la Propuesta de la APDC tiene en cuenta, aunque solo para las ventas al consumo, pero a lo que ni siquiera atiende el legislador catalán que, además, con poca fortuna y una regulación incompleta, ha optado por hacer depender la resolución del doble criterio de la esencialidad y el transcurso del plazo en función de la modalidad de incumplimiento (falta de conformidad/retraso).

La resolución mediante notificación es lo que más conviene a los intereses del acreedor y, en particular, al consumidor al que ahorra los costes de un proceso. Por eso el modelo debería generalizarse en el Derecho común. Por el contrario, un plazo adicional de cumplimiento, ya sea fijado por el acreedor, ya legamente impuesto, ya derivado del ejercicio del *right to cure* del vendedor, son trabas a la resolución del comprador que deberían desaparecer en los contratos B2C, porqueno es lo mismo un acreedor profesional que otro que no lo es y, por descontado, la protección de este último debería ser más elevada. Desgraciadamente, la armonización máxima prevista en las nuevas Propuestas de Directivas ya no permite ningún margen de discrecionalidad al legislador nacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER:

«El derecho a resolver el contrato de compraventa: ¿Qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno?», en Serrano de Nicolás, Ángel (ed.), *El Llibre VI del Codi civil de Catalunya*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2018, pp. 231-250.

«La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *Indret*, 2016, 3, pp. 1-33 (www.indret.com).

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.):

Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Propuesta de Código civil, Madrid, Tecnos, 2018.

BASEDOW, JÜRGEN – HOPT, KLAUS – ZIMMERMANN, REINHARD, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE – DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO – VAQUER ALOY, ANTONI, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Barcelona et al., 2018.
- BÜLOW, PETER – ARTZ, MARKUS, *Verbraucherprivatrecht*, Heidelberg, 5.ª ed., Müller, 2016.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, 2016, 3, pp. 1-92 (www.indret.com)
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TR-LGDCU)», en Orti Vallejo, Antonio – Jiménez Horwitz, Margarita (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 103-120.
- CLAEYS, IGNACE – VANCOILLIE, JONAS, «Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts», en Claeys, Ignace – Terry, Evelyne (eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Cambridge (U.K.), Intersentia, 2017, pp. 167-232.
- CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, Bosch – Col·legi de Notaris de Catalunya, 2009.
- DiMATTEO, LARRY et al. (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles and Practice*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2016.
- FAUST, FLORIAN, «Nichterfüllung», en Basedow, Jürgen – Hopt, Klaus – Zimmermann, Reinhard, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 1109-1111.
- FENOY PICÓN, NIEVES:
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», *ADC*, 2009, 1, pp. 211-334.
- «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro VI del Código civil de Cataluña», *ADC*, 2015, 3, pp. 802-1082.
- FLECHNER, HARRY M., «Avoidance of Contract», en DiMatteo, Larry

et al. (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles and Practice*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 587-634.

GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS, «Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código Civil de Catalunya, relativa a las obligaciones y los contratos», en Institut de Dret privat europeu i comparat de la UdG (ed.), *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona, Documenta, 2015, pp. 121-154.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *InDret*, 2007, 3, pp. 1-49 (www.indret.com).

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, «Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores», en Carrasco Perera, Ángel (ed.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1275-1283.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, Art. 1124 CC, en Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8213-8261.

GRAMUNT FOMBUENA, MARILÓ, «La incorporación de las normas de consumo en el Proyecto de Libro VI del Código Civil catalán: La compraventa», en Llácer Matacás, M.^a Rosa (coord.), *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho Civil catalán*, Madrid, Dycinson, 2015, pp. 137-147.

GSELL, BEATE, «Non-performance and Remedies in General», en Leible, Stefan – Lehmann, Matthias (eds.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwers, 2014, pp. 375-449.

HEIDERHOFF, BETTINA, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, 4.^a ed.

HOUTCIEFF, DIMITRI, *Droit des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 3.^a ed.

KOCH, RAPHAEL, «La entrega fuera de plazo en la compra de bienes de consumo: el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE y su transposición al BGB», en Orti Vallejo, Antonio – Jiménez Horwitz, Margarita (dirs.), *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 121-134.

- KÖTZ, HEINZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- KRUISINGA, SONJA, «The Seller's Right to Cure in the CISG and the Common European Sales Law», *ERPL*, 2011, 6, pp. 907-919.
- LAUROBA LACASA, ELENA, «El estándar del incumplimiento esencial en la compraventa internacional», en Carrasco Perera, Ángel (dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. T. II, Aranzadi, CizurMenor, 2013, pp. 1429-1438.
- MAGNUS, ULRICH, «Performance and Breach of Contract», en DiMatteo, Larry et al. (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles and Practice*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 467-498.
- MAŁKO, RAFAŁ, «Towards new rules on sales and digital content. Analysis of the key issues», *Indepth Analysis*, EPRS European Parliamentary Research Service, March 2017-PE599.359.
- MIRAMBELL FARGAS, MIQUEL DELS SANTS, *The seller's right to cure under article 48 CISG*, The Hage, Eleven International Publishing, 2018.
- MÜLLER-CHEN, MARKUS, «Comentario al art. 48 CSIG», en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- PALAZÓN GARRIDO, M.^a LUISA, «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2016, 3.^aed, pp. 867-924.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013.
- ROWAN, SOLÈNE, «La résolution du contrat pour inexécution» en Cartwright, John – Fauvarque-Cosson, Bénédicte – Whittaker, Simon (eds.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, Société de Legislation Comparé, 2018, pp. 337-359.
- SALAS CARCELLER, ANTONIO, «Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial», en González Pacanowska, Isabel – García Pérez, Carmen Leonor (dirs.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 397-425.
- SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA:
- Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Ma-

- drid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, 2011, 4, pp. 1685-1724.
- SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL (ed.), *El Llibre VI del Codi civil de Catalunya*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2018.
- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN, «Remedies for breach of contract in European Private Law – Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference», en Schulze, Reiner (ed), *New Features of Contract Law*, Munich, Sellier, 2007, pp. 183-196.
- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN – SILKENS, EVA, «Breach of Contract», en Plaza Penadés, Javier – Martínez Velencoso, Luz M.^a, *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham (Switzerland) et al., Springer International, 2017, pp. 111-135.
- SCHULZE, REINER – ZOLL, FRYDERYCK, *European Contract Law*, 2.^a ed., Baden-Baden et al., Beck-Hart-Nomos, 2017.
- SCHROETER, «Comentario al art. 25 CSIG», en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- SIVESAND, HANNA, *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions necessary?*, Sellier, Munich, 2005.
- STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE, «Les sanctions unilatérales: opportunité ou danger?» en *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires. Actes du colloque tenu le 24 mars de 2017 à l'Université de Lyon*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 113-125.
- VAQUER ALOY, ANTONI:
- «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de Obligaciones?», en *La armonización del derecho de obligaciones y contratos*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Universidad Sergio Arboleda-Astrea, 2017, pp. 41-81.
- «La resolución del contrato», en *La armonización del derecho de obligaciones y contratos*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Universidad Sergio Arboleda-Astrea, 2017, pp. 219-257.

ZIMMERMANN, REINHARD, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. E. Arroyo Amayuelas), Barcelona, Bosch-Colegio de Notarios de Cataluña, 2008.