



LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA  
MEDIANTE NOTIFICACIÓN

PRESUPUESTOS Y LÍMITES

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

CÁTEDRA JEAN MONNET DE DERECHO PRIVADO EUROPEO  
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

WORKING PAPER  
2/2018

**WORKING PAPERS  
JEAN MONNET CHAIR**

A circular logo consisting of twelve yellow stars arranged in a circle, representing the European Union flag.

**EUROPEAN  
PRIVATE LAW**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

**Resumen:** El objeto de las páginas que siguen es analizar la reciente regulación de la resolución del contrato de compraventa en el Libro VI Código Civil de Cataluña, a la luz del Derecho privado europeo (directivas y otros proyectos de armonización legislativa) y algunos derechos nacionales, en particular, el alemán, francés y español, porque expresan tres modelos distintos de llevar a cabo la resolución. Un análisis crítico permitirá ilustrar si el legislador catalán ha optado por la solución más eficiente.

**Título:** La resolución del contrato de compraventa mediante notificación: Presupuestos y límites.

**Palabras clave:** compraventa, resolución judicial, notificación de la resolución, plazo adicional de cumplimiento, incumplimiento esencial, derecho a corregir el cumplimiento.

**Abstract:** *The following pages aim to analyse the recent regulation of termination of the sales contract in Book VI of the Civil Code of Catalonia, in light of the European private law (directives and other projects of legislative harmonization) and some National Laws, in particular, the German, French and Spanish ones, because they represent three different ways by which termination may be effected. A critical analysis will highlight whether the Catalan legislature has opted for the most efficient solution.*

**Title:** *Termination of the Sales Contract Through Notification: Requirements and Limitations*

**Keywords:** *sales, judgement for termination, notice of termination, extra time to perform, fundamental non-performance, right to cure, notice of termination.*

## Índice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. INTRODUCCIÓN</b>  | <b>4</b>  |
| <b>II. LOS DERECHOS NACIONALES: ENTRE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA UNILATERAL EXTRAJUDICIAL DEL ACREEDOR</b>       | <b>6</b>  |
| 1. Alemania, tras la reforma del Derecho de obligaciones del año 2002   | 7         |
| 2. Francia, tras la reforma del año 2016  | 8         |
| 3. España, según las recientes propuestas doctrinales de reforma  | 9         |
| <b>III. EL DERECHO EUROPEO: ENTRE EL DERECHO GENERAL DE OBLIGACIONES Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA (B2B Y B2C)</b> | <b>11</b> |
| 1. Incumplimiento / falta de conformidad  | 12        |
| 2. Los presupuestos para la resolución del contrato   | 12        |
| 2.1. Contratos B2B  | 13        |
| 2.1.1. La esencialidad del incumplimiento resolutorio   | 13        |
| 2.1.2. ¿Subordinación al <i>right to cure</i> ?   | 14        |
| 2.1.3. La fijación infructuosa de un plazo voluntario por parte del deudor  | 15        |
| 2.2. Los contratos B2C  | 16        |
| 2.2.1. El modelo del <i>Nachfrist</i>   | 16        |
| 2.2.2. Falta de conformidad no insignificante   | 18        |
| 3. Límites al Ejercicio de La Resolución. En particular, la comunicación en un plazo razonable                    | 19        |
| <b>IV. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA</b>   | <b>20</b> |
| 1. Las coincidencias con el CESL  | 20        |
| 2. Las discrepancias  | 20        |
| 3. Algunas lagunas y una oportunidad perdida  | 21        |
| 4. Algunas dudas acerca de la razonabilidad del plazo adicional de cumplimiento                                   | 22        |
| <b>V. PARA CONCLUIR</b>   | <b>22</b> |

## I. Introducción

Salvo que las partes hayan pactado la resolución automática por medio de una condición resolutoria o la ley prevea la resolución *ex lege* o de pleno derecho, la resolución del contrato es un derecho potestativo que la ley concede a las partes de un contrato con obligaciones recíprocas, cuyo ejercicio puede ser judicial (es el juez quien declara resuelto el contrato) o extrajudicial (la resolución viene declarada unilateralmente por el acreedor), cuestión sobre la que los ordenamientos jurídicos difieren.<sup>1</sup> Todos están de acuerdo, sin embargo, 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.<sup>2</sup> El primer sistema es propio de los ordenamientos que regulan la resolución judicial, pero también lo adoptan algunos que admiten una decisión unilateral del acreedor para considerar resuelto el contrato. Ahora bien, en esta última hipótesis, la decisión del acreedor es susceptible de revisión judicial para analizar lo bien o mal fundado de esa resolución. Por consiguiente, nada se gana en previsibilidad y seguridad jurídica, como sucede, en cambio, en los sistemas que, como regla general, solo admiten la resolución tras la fijación de un plazo sin que el deudor haya llevado a cabo la prestación salvo, quizás, que el incumplimiento sea de escasa importancia.

---

<sup>1</sup>En el Derecho español se discute incluso si la existencia de cláusulas que prevean la resolución debe excluir en todo caso la aplicación del art. 1124 CC ante incumplimientos esenciales no previstos por las partes. Lo niegan algunos autores, como HERRADA BAZÁN, Víctor, "Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)", RDC, 2017, 1, 37 ss, pp. 55, 68.

<sup>2</sup>Perspectiva general, con especial referencia al Derecho alemán, KÖTZ, Heinz, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, Rn 918-921; 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. 397-399. Con referencias al derecho ya derogado, pero todavía útiles, BEALE, Hugh – HARTKAMP, Arthur – KÖTZ, Heinz – TALLON, Denis, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 750 ss. Entre nosotros, un apunte, DIEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, Civitas, 2005, p. 98. 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 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.

El objeto de las páginas que siguen es analizar la reciente regulación de la resolución del contrato de compraventa en el Libro VI CCCat, a la luz del Derecho privado europeo (directivas y otros proyectos de armonización legislativa) y algunos derechos nacionales (en particular, en Alemania, Francia y España, por este orden). El BGB presenta la particularidad de haber integrado dentro de las reglas generales del incumplimiento el supuesto de falta de conformidad que, aunque no únicamente, tiene especial aplicación al contrato de compraventa. Además, 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 tras la fijación de un plazo por el acreedor.<sup>3</sup> 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 consumo. Si es pertinente traer a colación la regulación francesa es porque la reciente reforma del *Code civil*, acaecida en el año 2016, incorpora en la teoría general del contrato la resolución unilateral del acreedor, “*a ses risques et périls*”. España, heredera de la primitiva tradición francesa (cf. art 1124 CC y el original art. 1184 *Code*), no prevé tal forma de resolución en el código, pero la admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo.<sup>4</sup> Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en Alemania, en ninguno de esos países se excluye la resolución judicial, aun cuando el acreedor haya optado por la resolución mediante notificación al deudor. La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, de reforma del CC español, podría suponer un cambio, pero, si bien se mira, se queda a medio camino, porque no prescinde de la idea de incumplimiento esencial y, salvo que quede muy claro en el contrato qué era esencial para las partes, el concepto no podrá ser dotado de contenido unilateralmente por parte del acreedor sin incurrir en el riesgo de que el deudor se oponga; si eso sucede, será el juez quien tenga que ponderar los intereses en juego, esto es, por un lado lo que se supone que uno tenía derecho a obtener y, por el otro, lo gravoso que le resulta al deudor no poder cumplir con la prestación (vgr. imposibilidad de revender los bienes). Es posible, sin embargo, que ello no plantee excesivos problemas en la compraventa (de consumo o no) cuando la resolución obedezca a la falta de conformidad, puesto que entonces la regla general es la resolución precedida de plazo

---

<sup>3</sup>A propósito del esfuerzo de integración de la Directiva 99/44 en las reglas generales de la compraventa y las escasas especialidades que presenta la venta de consumo, *vid.* BÜLOW, Peter – ARTZ, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, pp. 181 ss., esp. 199 ss.; ALEXANDER, Christian, *Verbraucherschutzrecht*, München, Beck, 2015, pp. 111 ss.

<sup>4</sup>*Vid.* SALAS CARCELLER, Antonio, “Ejercicio y efectos de la resolución. Resolución extrajudicial y judicial”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel – GARCIA PÉREZ, Carmen Leonor (dirs.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 397 ss, esp. p. 407-412; GÓMEZ POMAR, Fernando, “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, *InDret*, 2007, 3, pp. 1 ss, p. 30.

[art. 518-14 (1), 541-10]. Se trata, pues, de un sistema a caballo entre el francés y el alemán.

A diferencia de esos ordenamientos que se toman como referencia, el CC de Cataluña no contiene una regulación general sobre el incumplimiento de las obligaciones, pero sí que adopta una regulación autónoma de la compraventa, incluida la de consumo. Con poca fortuna, el legislador ha optado por seguir el doble criterio de la esencialidad y el transcurso del plazo, en función de la modalidad de incumplimiento; además, no traspone bien el sistema previsto en la Directiva 99/44, en lo que concierne a las ventas de consumo.

## **II. Los derechos nacionales: entre la resolución judicial y la unilateral extrajudicial del acreedor**

En el Derecho español, la resolución se presenta como una alternativa a la facultad de exigir el cumplimiento (art. 1124 CC), de manera que si quien ha cumplido o está dispuesto a cumplir continúa interesado en el mantenimiento de la obligación recíproca, solicitará al juez el cumplimiento de esa obligación. Si, por el contrario, quien ha cumplido o estaba dispuesto a cumplir pierde el interés en el cumplimiento de la contraparte, la ley le faculta para resolver el contrato. La consecuencia no es solo que exime a aquella de cumplir con su obligación, sino que también se exime de cumplir su propia deuda la parte que resuelve. Es decir que cada contratante queda dispensado de su propia obligación. 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 considere que el incumplimiento no es grave o esencial.<sup>5</sup> Es la tradición francesa, que todavía hoy perdura en el *Code civil*, sin perjuicio de lo que luego se dirá a propósito de la reforma acaecida en el año 2016. Otros sistemas entienden que es preferible que sea el acreedor quien resuelva unilateralmente y de forma extrajudicial, previo establecimiento de un plazo al deudor para que cumpla o corrija el cumplimiento defectuoso. Así, una vez transcurrido este de forma infructuosa, el contrato debe poder resolverse, aunque el incumplimiento no sea esencial. Es más, de ese calificativo

---

<sup>5</sup>A propósito del requisito de la esencialidad en el Derecho español, *vid.* GÓMEZ POMAR, Fernando – GILI SALDAÑA, Marian, “La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas”, *Anuario de Derecho Civil* (ADC), 2014, 4, pp. 1199 ss, pp. 1206-1207 y allí cita de doctrina y jurisprudencia.

se prescinde en todo caso. Ese es el sistema típico del Derecho alemán (§ 323 BGB), que únicamente no exige fijación de plazo cuando este carece de sentido. La medida puede ser especialmente útil 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 ya le hubiera entregado.

El principio en el que se inspiran ambas legislaciones es el mismo: el deudor puede merecer una segunda oportunidad de cumplimiento. Sin embargo, de acuerdo con el modelo germánico, la particularidad es que, como regla general, 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. Se evita la inseguridad jurídica, esto es, la imprevisibilidad de la decisión judicial, y también los costes de transacción derivados del proceso. Por consiguiente, 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 –igual que en los sistemas que exigen que sea el juez quien aprecie que el incumplimiento es esencial- puesto que este gana un tiempo adicional para cumplir con su prestación. Con todo, lo más relevante de la fijación de un plazo es que evita tener que entrar a considerar cuándo se debe considerar grave o esencial el incumplimiento, esto es, evita tener que recurrir al juez para que sea este quien, en definitiva, se pronuncie sobre la corrección de la resolución. Si se desatiende esta idea y se introducen correctivos en el sistema, a base de permitir en todo caso la valoración judicial de la decisión unilateral del acreedor –sin duda con el fin de proteger más al deudor-, la resolución unilateral del acreedor se convierte en algo meramente provisional y se le priva de cualquier utilidad. Eso es, precisamente, lo que ha sucedido en Francia tras la reforma acaecida en el año 2016.<sup>6</sup> Veamos a continuación el detalle en los distintos sistemas

### **1. Alemania, tras la reforma del Derecho de obligaciones del año 2002**

La regla general es que el acreedor solo puede resolver el contrato frente a la otra parte (§ 349 BGB) si ha fijado infructuosamente un plazo al deudor para que cumpla o corrija el cumplimiento [§ 323 (1) BGB], sin perjuicio del matiz que introduce el § 323.3 BGB, en cuanto a la intimación en sustitución del plazo (por ejemplo, si la prestación consiste en una omisión) y de algunas excepciones lógicas a aquella regla.

---

<sup>6</sup> Sobre el particular, aunque todavía refiriéndose a uno de los diversos proyectos de reforma del Derecho francés de obligaciones, *vid.* GSELL, Beate, "Le nouveau régime de l'inexécution du contrat-commentaire", en SCHULZE, Reiner – WICKER, Guillaume – MÄSCH, Gerald – MAZEAUD, Denis (dirs.), *La réforme du Droit des Obligations en France. 5e Journées Franco-Allemandes*, Paris, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 171 ss., pp. 176-178. Antes, a propósito de la comparación del Derecho alemán con el *soft law*, *vid.* GSELL, "Non-performance...", en LEIBLE – LEHMANN (eds.), *European Contract Law...*, pp. 399-400.

Efectivamente, además de dispensarse el plazo en las hipótesis de incumplimiento anticipado [§ 323 (4) BGB], el acreedor también puede resolver directamente el contrato en otros casos en que el plazo es absolutamente superfluo, lo cual se ejemplifica en las hipótesis previstas 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 circunstancias 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]. Parece que un indicio es que el precio de reparación no exceda del 5% del precio de venta.<sup>7</sup>

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 ante el ejercicio de la acción de regreso del vendedor frente al productor [§ 478 (1) BGB].<sup>8</sup>

## 2. Francia, tras la reforma del año 2016

---

<sup>7</sup>Inicialmente, la jurisprudencia tenía declarado (así, BGH 14.09.2005, NJW 2005, 3490; BGH 29.06.2011, openJur.de) que la falta de conformidad era menor cuando el coste de la reparación constituía un pequeño porcentaje del precio de adquisición. Tempranamente, a propósito de la sentencia del OLG Düsseldorf 27 febrero 2004 (DAR, 2004, 392), la doctrina cuestionaba con razón ese enfoque (así TWIGG-FLESNER, Christian – POILLOT, Elise, “Chapter V: Sales of Goods”, en MICKLITZ, Hans W. – STUYCK, Jules – TERRY, Evelyne (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland, Hart, 2010, Nr. 5.41, p. 358) 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 reparación. Sin embargo, el BGH ha profundizado en esa línea, que también tiene adeptos por lo que representa para la seguridad jurídica, y, dejando tras de sí un espectro relativamente amplio de opiniones, recientemente, la sentencia del BGH 28.05.2014 (NJW 2014, 3229) ha concretado la “insignificancia” en menos de un 5% del precio de venta. Se ha llegado incluso a considerar igualmente “relevante” la falta de conformidad cuando el vendedor actúa dolosamente. Sobre el tema, REIHM, Thomas, “Der Ausschluss des Rücktritts des Käufers wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung”, GPR, 2014, 6, pp. 309-311; *vid.* además, HEIDERHOFF, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg Müller, 2017, 4ª ed., Rn. 487-488, pp. 236-237; BÜLOW - ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn. 472-473, pp. 193-195.

<sup>8</sup> BÜLOW - ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn 471, pp. 192-193; KÖTZ, *Vertragsrecht*, Rn. 921 ss (pero sin referencia a la reforma experimentada por la transposición de la Dir. 2011/83 en el BGB).

Para poder resolver unilateralmente, 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).<sup>9</sup> La resolución se puede efectuar por notificación, tras una *mise en demeure* 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 definitivo- 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 motivan. Puesto que el deudor puede no estar conforme y oponerse, el juez está llamado a decidir si el incumplimiento que justificaba la resolución estaba o no justificado y, en particular, si era o no grave.

La regulación está llena de cautelas y muy enfocada a la protección del deudor. Efectivamente, la resolución es “*aux risques et perils*” del acreedor. Eso quiere decir que está sujeta a que el juez revise la gravedad del incumplimiento (arts. 1227, 1228) y la considere bien hecha.<sup>10</sup> La intervención judicial viene favorecida por el hecho de que ningún artículo explica qué debe entenderse por incumplimiento grave<sup>11</sup>; puede ser más o menos claro apreciarlo en casos de imposibilidad, término esencial o clara negativa del deudor a cumplir (casos que constituyen incumplimientos definitivos), pero planteará más dudas cuando el tipo de infracción cometida sea la mora o el retraso, el cumplimiento parcial, o el cumplimiento mal hecho.

### 3. España, según las recientes propuestas doctrinales de reforma

Por influencia francesa, también en el CC español la resolución es judicial (art. 1124), aunque las partes pueden pactar una condición resolutoria (art. 1504) que limite la discrecionalidad del juez<sup>12</sup> y, por otra parte, ya se ha hecho referencia al dato de que 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 el Anteproyecto de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)<sup>13</sup>, que deja claro

---

<sup>9</sup> Rapport au Président..., p. 24.

<sup>10</sup> Rapport au Président..., p. 25.

<sup>11</sup> Por el contrario, *vid.* art. 8:103 PECL; art. 7.3.1 (2) PICC, art. II-3: 503 (2) DCFR, art. 87 (2) CESL.

<sup>12</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Madrid, BOE, 2015.

<sup>13</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Propuesta de Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 y, a propósito de la misma, *vid.* TUR FAÚNDEZ, M<sup>a</sup> Nélida, *Del saneamiento a la responsabilidad por falta de conformidad: Una propuesta de regulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Antes aun habría que hacer referencia a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de

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

Existen algunas diferencias con la regulación establecida en el *Code*. Una de ellas es 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. Es probable que en el *Code* los dos primeros supuestos estén incorporados en la idea de incumplimiento definitivo que, según parece, permitiría la resolución del pleno derecho<sup>14</sup>, pero falta claridad en torno a este punto.

El anteproyecto de la APDC tampoco especifica cuándo el incumplimiento es esencial pero, por lo menos, prevé expresamente que ante el retraso (falta de entrega) o de falta de conformidad (cumplimiento defectuoso), la resolución siempre es posible tras el transcurso del plazo razonable fijado al deudor [art. 518-14 (1)]. La regulación se aproxima así al modelo alemán y, por tanto, presenta una diferencia fundamental con el *Code*. Mientras que en este último, en esos mismos supuestos, 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 el incumplimiento [art. 518-14 (1)].<sup>15</sup> 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

---

Obligaciones y Contratos de 2009, elaborada por la Comisión General de Codificación y al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014. Para el estudio de la resolución en esas otras propuestas, *vid.* 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 ss; FENOY PICÓN, Nieves, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento”, ADC, 2011, 4, pp. 1481 ss; PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> Luisa, “El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: Un estudio desde el Derecho privado europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 423 ss.; GÓMEZ CALLE, Esther, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, ADC, 2012, 1, pp. 29 ss.

<sup>14</sup> Rapport au Président..., p. 26.

<sup>15</sup>En España, varios autores defienden la bondad del sistema del *Nachfrist*. *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 229-231. 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.

acreedor. Podrá hacerlo si el plazo dado para cumplir no ha sido razonable (hubiera sido preciso establecer cuándo lo es) o 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]<sup>16</sup>, 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 y, seguramente, esa es, todavía, una de las flaquezas de la propuesta. Con todo, la objeción queda salvada, 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. Para otros casos al margen de las ventas de consumo, el acreedor que no quiera verse expuesto a la provisionalidad de su decisión, siempre puede optar por fijar un plazo.

### **III. El Derecho Europeo: entre el Derecho general de obligaciones y el contrato de compraventa (B2B y B2C)**

La resolución del contrato es extrajudicial, tanto en los textos de derecho uniforme como en las reglas de *soft law*. Los arts. 118, 138 CESL siguen la estela de los arts. 26 CV, 9:303 (1) PECL, 7.3.2 (1) PICC y III-3:507 (1) DCFR<sup>17</sup> y se desmarca a 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 15: “[...] la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos”.<sup>18</sup> 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

---

<sup>16</sup>Esa precisión que efectúa el art. 7.1.5 (4) PICC no tiene parangón en otros textos de *soft law*. La misma observación que en el texto realiza SAN MIGUEL, “La resolución...”, p. 1711, a propósito de la regulación propuesta por la Comisión General de Codificación para la reforma del derecho de obligaciones y contratos en el Código civil.

<sup>17</sup> *Vid.* también comentario D al art. III.-3:501 DCFR.

<sup>18</sup>Lo remarca GRZYBAUM, Luc, “Nomenclature des sanctions communautaires”, en AUBERT DE VINCELLES, Carole – ROCHFELD, Judith (dirs.), *L’Acquis communautaire. Les sanctions de l’inexécution du contrat*, Paris, Ecomica, 2006, Rn. 63.

caracterizar la esencialidad del incumplimiento, que es lo que, en su caso, permitirá resolver el contrato (no en las ventas B2C).<sup>19</sup>

### 1. Incumplimiento / falta de conformidad

El Convenio de Viena sanciona el incumplimiento del comprador o vendedor de cualquiera de sus obligaciones contractuales (art. 25, 45, 61, 79 CV). 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 imposibilidad.<sup>20</sup> Por consiguiente, la falta de conformidad en el contrato de compraventa es un incumplimiento del vendedor (III-1:102 (3) DCFR; art. 87.1 (c), (d), (f) CESL).<sup>21</sup>

### 2. Los presupuestos para la resolución del contrato

Presupuesto el incumplimiento del contrato, existen dos modelos que se combinan en todos los textos: la resolución es posible si el deudor ha incurrido en un incumplimiento que es esencial (arts. 49.1 (a), 51.2, 64.1 (a) CV; art. 9:301.1 PECL; art. 7.3.1 (1) PICC; art. 114.2, 134 CESL) o bien si ha transcurrido de forma infructuosa el plazo establecido al deudor para que cumpla (art. 49.1 (b), 64.1 (b) CV; art. 8:106.3, 9:301.2 PECL; art. 7.3.1 (1) y 7.1.5 (3) PICC; art. 115, 135.1 CESL). La esencialidad del incumplimiento se exige sea cual sea la modalidad de infracción en la que incurra el deudor (retraso, defecto, falta definitiva de ejecución de la prestación), mientras que la resolución como consecuencia del transcurso del plazo voluntariamente otorgado por el deudor (*Nachfrist*) solo tiene aplicación específica en la hipótesis de cumplimiento retrasado que, en sí mismo, no constituya un incumplimiento esencial. En la hipótesis de falta de conformidad, el derecho de resolución del acreedor puede estar sujeto al derecho de subsanación del deudor (*right to cure*) y entonces se plantea la duda de si debe prevalecer el derecho del comprador a resolver o bien el derecho del vendedor a subsanar. Para las ventas de consumo existen reglas especiales, aunque no siempre coincidentes, en el DCFR y el CESL, tanto en relación con la “esencialidad”

---

<sup>19</sup>Perspectiva general, FAUST, Florian, “Nichterfüllung”, en BASEDOW, Jürgen – HOPT, Klaus J. – ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 1106-1111, esp. pp. 1109-1111.

<sup>20</sup> Vid. también comentario A al art. 8:101 PECL.

<sup>21</sup>A propósito del CESL, ZOLL, Fryderyk, “Comentario al art. 87 CESL”, en SCHULZE, Reiner, *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*.

del incumplimiento, como en relación con el derecho a exigir la subsanación del cumplimiento.

## 2.1. Contratos B2B

### 2.1.1. La esencialidad del incumplimiento resolutorio

Existe poca uniformidad en los textos analizados sobre como deba calificarse la esencialidad del incumplimiento.<sup>22</sup> 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 contrato<sup>23</sup> 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 el de la conclusión del contrato<sup>24</sup>– y, por

---

<sup>22</sup>FAUST, “Nichterfüllung”, en BASEDOW – HOPT – ZIMMERMANN (eds.), *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*, 2, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1429 ss.

<sup>23</sup> 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.”

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

### 2.1.2. ¿Subordinación al *right to cure*?

El *right to cure* solo existe en las hipótesis de falta de conformidad. Es un derecho que tiene el deudor 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 esencial<sup>25</sup>, todos 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 ese retraso suponga un incumplimiento esencial [art. 8:104 PECL, II.-3:202 (2) y 3:203 (c) 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

---

<sup>24</sup>A propósito de la polémica en el art. 25 CV, *vid.* SCHRÖTER, Ulrich G., “Comentario al art. 25 CSIG”, en SCHWENZER, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 4ª 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.

<sup>25</sup>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 (a) DCFR, art. 109.4 (c) CESL]. Lo destaca ZOLL, “Comentario al art. 109 CESL”, en SCHULZE, *Common European Sales Law...*, Rn 18, p. 500.

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 sus efectos, 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 49<sup>26</sup>, el que igualmente serviría como modelo al art. 7.1.4 (2) y (3) PICC<sup>27</sup> y el que defienden los autores a la hora de interpretar el DCFR.<sup>28</sup> Seguramente está ínsito igualmente en el CESL [cfr. art. 109 (3) CESL].<sup>29</sup>

Para las ventas de consumo rigen reglas especiales en el CESL. A diferencia de lo que prevé el art. 3 (5) Dir. 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)].

### 2.1.3. La fijación infructuosa de un plazo voluntario por parte del deudor

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 el problema es la falta de conformidad o el cumplimiento defectuoso, la resolución, como ya se ha dicho, se rige por el presupuesto de la esencialidad del incumplimiento (art. 25 CV).<sup>30</sup> 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

<sup>26</sup>Vid. SCHRÖTER, “Comentario al art. 25 CSIG”, en SCHWENZER (ed.), *Schlechtriem & Schwenzener Commentary...*, Rn 47-48, Rn 50, pp. 445-447, p. 448; y MÜLLER-CHEN, Markus, “Comentario al art. 48 CSIG”, SCHWENZER (ed.), *Schlechtriem & Schwenzener 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. 915-917.

<sup>27</sup>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 si misma un incumplimiento esencial”; ídem comentario 8 (p. 207).

<sup>28</sup> GSELL, “Non performance...”, en LEIBLE – LEHMANN (eds.), *European Contract Law...*, pp. 407-408.

<sup>29</sup> ZOLL, “Comentario al art. 109 CESL”, en SCHULZE, *Common European Sales Law...*, Rn 22-23, p. 501.

<sup>30</sup> SCHROETER, “Comentario al art. 25 CV”, en SCHWENZER (ed.), *Schlechtriem & Schwenzener Commentary...*, Rn. 11, 49-50, pp. 422, 447-449.

parte de la obligación. La regla general es, pues, que si el cumplimiento es puntual, pero defectuoso (en realidad: falta de conformidad), la fijación infructuosa de un plazo para que el deudor cumpla no convierte ese incumplimiento en esencial.<sup>31</sup> 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 oportunidad para cumplir (III.-3:103 DCFR) - y entonces proceder directamente a la resolución [art. 114 (1), 134 (1) CESL].

## 2.2. Los contratos B2C

La regulación de la resolución viene condicionada por lo dispuesto en las Dir. 99/44 y 2011/83, para las ventas de consumo. Ambas directivas plantean un requisito común para poder proceder a la resolución del contrato (por falta de conformidad y retraso, respectivamente) y este es que el vendedor no haya podido corregir el cumplimiento, bien porque no era posible conceder esa segunda oportunidad al vendedor, bien porque, concedida, sin embargo no ha sido posible subsanar el defecto en el plazo legal o acordado. Adicionalmente, la Dir. 99/44 exige para poder resolver que el incumplimiento no sea una bagatela.

### 2.2.1. El modelo del *Nachfrist*

Según 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, o incluso antes, 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<sup>32</sup>, pero es evidente que 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

---

<sup>31</sup>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 [...]”.

<sup>32</sup>ZOLL, Fryderyk, *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017, 2ª ed., § 6 Rn. 32, p. 279; RÖSLER, Hannes, “Verbrauchsgüterkauf”, en BASEDOW – HOPT – ZIMMERMANN (eds.), *Handwörterbuch...* pp. 1617 ss, p. 1618, quien también señala la diferencia con el art. 47 CV y con el § 323 BGB. A propósito de la inadecuación del BGB con la directiva, en lo que respecta a la falta de conformidad, *vid.* BÜLOW - ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn. 471, p. 192; HEIDERHOFF, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg Müller, 2017, 4ª ed., Rn. 495, p. 240.

completamente de que haya transcurrido sin éxito un periodo de tiempo puesto a disposición del vendedor para corregir el cumplimiento.<sup>33</sup> Lo que en otros textos es un *right to cure* del vendedor que, eventualmente, puede condicionar la resolución del contrato por parte del vendedor, 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.<sup>34</sup> El DCFR sigue ese mismo esquema<sup>35</sup> pero, por el contrario, el CESL prescinde de la jerarquía de remedios y, por consiguiente, el consumidor puede optar por resolver el contrato directamente, con el único condicionante de que la falta de conformidad no sea insignificante [arts. 106.3 (a), 114.2 CESL]. Esa ampliación de la protección al consumidor ha sido duramente criticada por algunos autores.<sup>36</sup>

En relación con la entrega retrasada de las mercancías, el art. 18 Dir. 2011/83 también opta claramente por el modelo del *Nachfrist*, del que solo permite prescindir en ocasiones. 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 entrega los bienes en dicho plazo adicional. Sin embargo, hay excepciones: 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 –aquí no es posible hablar de corrección del cumplimiento puesto que este aún no se ha producido<sup>37</sup>– entonces el

---

<sup>33</sup> ZOLL, *Europäisches...*, § 5 Rn. 64; BÜLOW - ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Rn. 459, p. 187, con cita de BGH NJW 2006, 1195, Tz. 18.

<sup>34</sup> ZOLL, *Europäisches...* § 6 Rn. 32, p. 279.

<sup>35</sup> Con todo, mientras que el art. III-3:202 DCFR se refiere al *right to cure*, el comentario A al V.A.-4:201 DCFR se refiere al deber del consumidor de exigir la corrección del cumplimiento.

<sup>36</sup> SCHULTE-NÖLKE, Hans, “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) – ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2012, pp. 63 ss, pp. 68-69, pp. 77-78; ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Comentario a los arts. 106, 111 CESL”, en SCHMIDT-KESSEL, Martin (Hrgs.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Sellier, München, 2014, pp. 558 ss, pp. 558-559 y nota 10. Sin embargo, en términos de eficiencia económica, se muestran favorables, GÓMEZ POMAR – GILI SALDAÑA, “La complejidad económica...”, pp. 1239 ss.

<sup>37</sup> ZOLL, *Europäisches...*, § 6 Rn. 32, p. 279.

consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato. En esa línea se orientan igualmente los art. 115 (1), 116, 135, 136 CESL.

### 2.2.2. Falta de conformidad no insignificante

Puesto que, como se ha dicho, el modelo de resolución de la Dir. 99/44 se inspira en el *Nachfrist*, la consecuencia es que se relajan los requisitos para la resolución del contrato: el incumplimiento no debe ser esencial y basta con que no sea insignificante (cfr. art. III.A.- 3:502 y art. IV.A. 4:201 DCFR; art. 114 CESL).

La distinción entre “falta de conformidad que no sea insignificante” e incumplimiento que sea “esencial” se remonta a la Directiva 99/44 y el CV, respectivamente.<sup>38</sup> La razón de la diferencia es que cuando los remedios están jerarquizados (como sucede en la Directiva), 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 (ese sería el sistema del CV, sin perjuicio de un eventual límite impuesto por el *right to cure* del vendedor), 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 prestación.<sup>39</sup> Con todo, se ha podido argumentar que la idea de incumplimiento esencial en el CV, que tiende a procurar el mantenimiento del contrato, en detrimento del acreedor insatisfecho<sup>40</sup>, pierde buena parte de su sentido en unos tiempos como los actuales en que las comunicaciones son más fáciles y la devolución de las mercancías menos costosa y en que además son mejores las condiciones para la reclamación judicial y ejecución de las sentencias<sup>41</sup>

Qué deba entenderse por defecto de escasa importancia es algo sujeto a la apreciación de los tribunales y, naturalmente, la perspectiva variará en función de los parámetros que se adopten. Admitido que se trata de un defecto relativamente pequeño –otra cosa será determinar si “escasa importancia” (art. 3.6 Dir. 99/44), “insignificante” (art.

---

<sup>38</sup> Sobre el particular, en España, *vid.* FENOY PICÓN, Nieves, “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, ADC, 2009, 1, pp. 157-280.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> SCHROETER, “Comentario al art. 25 CSIG”, SCHWENZER (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary...*, Rn 51, pp. 448-449: “[...] the underlying policy is to prevent the unnecessary unwinding of contracts or delivery of substitute goods, which would cause additional costs and –in international trade- additional risks for the goods, since they would have to be stored and transported back to the seller”.

<sup>41</sup> ZOLL, *Europäisches...*, Rn. 66.

114.2 CESL) o “sin trascendencia suficiente” (art. IV.A.-4:201 DCFR) son términos sinónimos a los efectos que ahora interesan<sup>42</sup>, la cuestión es qué parámetros se deben utilizar para detectarlo. Ya se ha visto que, en Alemania, esos parámetros pueden ser distintos, pero predomina el del valor de la reparación sobre el precio total. Los redactores del DCFR, que se refieren a faltas de conformidad menores, como arañazos, defectos puramente estéticos, funcionamientos incorrectos insignificantes, también se sirven de distintos criterios: la influencia que tiene la falta de conformidad sobre el valor del bien, la aptitud para su uso, o la importancia que le otorga el consumidor. Admiten, además, que una falta de conformidad poco importante en si misma considerada puede convertirse en trascendente si resulta difícil de subsanar; y sugieren que en la calificación de si la falta de conformidad tiene o no trascendencia suficiente podría influir el hecho de que el vendedor se negara a subsanar.<sup>43</sup> Aunque está claro que en tal caso el vendedor habría desaprovechado la oportunidad de evitar la resolución de la relación contractual y, sin duda, la resolución beneficiaria al consumidor, seguir esa interpretación podría significar, en la práctica, prescindir del requisito que opera como límite a la resolución.

### **3. Límites al Ejercicio de La Resolución. En particular, la comunicación en un plazo razonable**

Ya se ha dicho antes que tanto en el derecho uniforme como en los textos de *soft law* el derecho a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte. Conviene añadir ahora que se pierde el remedio si no se ejerce en un plazo razonable tras constatar 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 CSL] 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 encuentra 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, se contemplan excepciones en las ventas con consumidores: para estas

---

<sup>42</sup>También lo apunta ZOLL, *Europäisches...*, § 5 Rn 64, a propósito de las distintas traducciones que ofrecen el CESL y la Directiva 99/44 en este punto. Aquí se sigue la versión española de esos textos.

<sup>43</sup> Comentario C al IV.A.- 4:201 DCFR.

no se exige ni el examen ni la notificación [art. IV.A.-4:301 (4) DCFR; art. 106.3 (a) y (b) CESL].

#### **IV. La resolución de la compraventa en el Código Civil de 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), 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)]. 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 precedentes. En cualquier caso, subsisten diferencias que es preciso señalar y, además, no debe omitirse la crítica a un modelo que no generaliza el sistema del *Nachfrist* como modo de resolución extrajudicial.

##### **1. Las coincidencias con el CESL**

En general, existe coincidencia con el CESL en los siguientes aspectos:

a) 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)].

b) 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 (del estilo de la prevista en el art. 1503 CC para la resolución de la venta de inmuebles cuando el comprador no paga el precio) 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].

##### **2. Las discrepancias**

Sin embargo, la convergencia con el CESL no es total:

a) 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. 114 (2) CESL].

b) Indebida generalización del incumplimiento esencial como requisito para la resolución en las ventas de consumo

c) 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) CCat], a pesar de que, para las ventas 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 si, finalmente, el CCCat acaba siendo derecho vigente.

### **3. 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 (resolución que, como cualquier otro remedio, 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. No existe ningún precepto que aclare si el derecho a corregir el cumplimiento queda excluido cuando ya se ha producido la notificación de resolución, pero no se descarta que pudiera ser así si pudiera entenderse que en situaciones como la descrita el ofrecimiento del vendedor no se ha producido “inmediatamente”, tal y como exige el art. 621-9.2 CCCat. Con todo, cfr. art. 109.2 y 3 CESL.

El CCCat sí que aclara que el comprador puede rechazar razonadamente la corrección del cumplimiento que el vendedor le ofrece, bien porque esta 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) CCCat]; pero ninguna norma aclara que el comprador puede entonces ejercitar cualquier remedio disponible (entre ellos, la resolución). Puesto la noción de incumplimiento esencial viene concretada exclusivamente para la hipótesis de falta de conformidad que no pueda arreglarse a tiempo, parece que los tribunales están llamados a decidir si otros casos, al margen de

los tipificados legalmente, permiten dar preferencia al derecho a resolver como consecuencia de la constatación de un incumplimiento esencial. En particular, los defectos que no han podido ser corregidos. A la vista de la arbitrariedad 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 oportunidad; 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 CCCat).

#### **4. 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 CCCat 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) CCCat] 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 este tampoco debería disponer de más de 30 días, porque ese el tiempo legalmente establecido [el art. 621-13 (2) CCCat debería añadir “máximo”] para entregar los bienes, a falta de otro acuerdo válidamente alcanzado [cfr. art. 95 (2) CESL; art. 18 (1) Dir. 2011/83].

#### **V. Para concluir**

A pesar de la pluralidad de fuentes que tuvo a la vista la Comisión redactora del capítulo dedicado a la compraventa en el Libro VI CCCat, el texto que más influyó, porque se promulgó justo cuando se estaba trabajando en la articulación de unas reglas para ese contrato, fue el CESL, aunque de ello no deje constancia expresa el Preámbulo, que más bien se refiere a una influencia genérica del derecho privado

europ<sup>44</sup> o, más específicamente, de la Dir. 99/44 y Dir. 2011/83<sup>45</sup>. Como se ha visto, esta influencia no ha sido del todo exitosa, pues existen defectos de transposición.

La convergencia con el CESL no es total porque en el CCCat la resolución puede quedar paralizada frente al *right to cure* del vendedor, incluso en las ventas de consumo. Sin embargo, en el CCCat no queda claro qué derecho es preferente una vez que el vendedor ya ha cumplido, fuera de los casos expresamente tipificados en el art. 621-39 (2) CCCat. Puesto que la única concreción del incumplimiento esencial se refiere a la falta de conformidad que no podría corregirse a tiempo (letra c), se abre un campo demasiado amplio a la interpretación judicial para concretar qué otros casos deberían impedir al vendedor ejercer el *right to cure* frente a la decisión del comprador de resolver el contrato (o, en su caso, frente a la comunicación efectiva de resolución).

Sí convergen las soluciones en lo que respecta a la resolución tras la fijación de un plazo, pero no parece acertado que no se haya reconocido al comprador el derecho a resolver el contrato tras haber transcurrido el plazo de forma ineficaz en casos distintos al retraso, por lo menos en los contratos B2B. En relación con la falta de conformidad, la transposición de la Directiva 99/44 seguramente no hubiera permitido al legislador nacional imponer al consumidor la fijación de un plazo antes de resolver, pero una correcta transposición de la norma sí que hubiera exigido, bien someter la resolución a los mismos requisitos que la norma europea (jerarquía y defecto de “no escasa importancia”), bien prescindir de esa jerarquía y permitir la resolución a voluntad del comprador por cualquier falta de conformidad.<sup>46</sup>

Si se quiere dar a la resolución mediante notificación algún sentido, es fundamental evitar el recurso a los tribunales a fin de que éstos decidan si el incumplimiento que motivó la resolución unilateral del acreedor era grave o esencial. Una vez el legislador ha apostado por la resolución extrajudicial, no debería haber quedado tan fácilmente en manos del juez decidir si estaba o no justificado que el acreedor decidiera unilateralmente poner fin al contrato. Un apartamiento del Convenio de Viena y de los textos de *soft law* hubiera estado perfectamente justificado, sobre todo si se atiende al ámbito puramente nacional –y no internacional– de la regulación, (contexto en el cual se generan menos costes de devolución). Tampoco parece que tenga mucho sentido

---

<sup>44</sup> L 3/2017, de 15 de febrero (DOGC n. 7314, de 22 de febrero de 2017), en el Preámbulo 5: “La regulación de la compraventa que propone el Libro sexto tiene muy en cuenta el proceso de construcción del Derecho privado europeo de contratos”; Preámbulo 12: “moderno derecho europeo de contratos”; Preámbulo 14: “Derecho europeo en curso de elaboración”; Preámbulo 23: “textos internacionales de derecho contractual europeo”.

<sup>45</sup> L 3/2007, Preámbulo 8, 17.

<sup>46</sup> Esto último es perfectamente posible, puesto que la Directiva es de mínimos. Así, GSELL, “Non performance...”, en LEIBLE – LEHMANN (eds.), *European Contract Law...*, p. 392.

acoger dos criterios distintos, según sea la causa que determina el incumplimiento, si resulta, en definitiva, que siempre es preciso dar al acreedor una segunda oportunidad de cumplimiento, exactamente igual como debería o podría hacer el juez.



Este obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).