

¿ES NECESARIA LA IMPUTABILIDAD PARA QUE OPERE EL
DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR?

*IS THE IMPUTABILITY NECESSARY TO OPERATE THE RIGHT TO
CHOICE OF CREDITOR?*

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 120-139



José Maximiliano
RIVERA
RESTREPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La presente investigación tiene por finalidad analizar el llamado derecho de opción del acreedor, que surge cuando, en un contrato bilateral, el deudor incumple con su deber. Ríos de tinta se han vertido en esta materia, aunque su caudal casi siempre desemboca en mismo océano: la visión clásica y escolástica sobre el derecho de opción del acreedor. Particularmente se analizará el supuesto requisito de la imputabilidad como elemento del mismo, a la luz, principalmente, de la legislación española.

PALABRAS CLAVE: Derecho de opción; resolución; culpa; derechos del acreedor; incumplimiento contractual; derecho de remedios.

ABSTRACT: This research aims to analyze the so-called right of option of the creditor, which arises when the debtor fails willfully or culpably duty. Rivers of ink have been spilled in this matter, although its volume almost always leads to the same ocean: the classical and scholastic view on the right of the creditor's option. Particularly the alleged requirement of accountability will be analyzed as an element thereof, in the light mainly of the Spanish legislation.

KEY WORDS: Right option; resolution; guilt; creditor's claim; breach of contract; law remedies.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Planteamiento tradicional.- III. La imputabilidad como requisito esencial del derecho de opción del acreedor.- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

Mucho se ha discutido acerca de la imputabilidad, como elemento necesario para que opere el derecho de opción del acreedor; ante el incumplimiento contractual. Aun cuando, en una primera etapa se exigía este elemento, actualmente, la doctrina y la jurisprudencia ha sido reticente a incluirlo.

En este artículo, pretendo revisar los postulados de cada una de las tesis que se han formulado sobre el particular, otorgando, por cierto, una opinión personal respecto del tema.

II. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL¹.

Desde el punto de vista de la imputabilidad, una obligación puede no cumplirse porque ha existido: (a) caso fortuito o fuerza mayor; (b) culpa o (c) dolo. El incumplimiento es imputable al deudor; cuando de parte de éste ha habido una conducta culpable o dolosa, mas no se puede formular juicio de reproche al obligado, cuando su incumplimiento se debe a un imprevisto a que no es posible resistir (caso fortuito o fuerza mayor². En este sentido, se ha dicho que no cualquier

1 La doctrina moderna ha señalado que la imputabilidad del incumplimiento al deudor; constituye, a lo menos, un elemento necesario para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la acción resolutoria. Cfr: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Artículo 1124", en *Comentarios al Código civil*, Tomo VI (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8222.

2 En este sentido, ya lo decían COLIN y CAPITANT: "Para que pueda ser ejercida la acción resolutoria se deberá exigir –la lógica lo impone y el art. 325 del Código civil alemán lo dice en términos expresos– que el incumplimiento sea debido a la culpa del deudor. Pero ya hemos visto cómo en este punto la jurisprudencia francesa se aparta de nuestro modo de ver, puesto que extiende el dominio del art. 1.184 a la hipótesis del incumplimiento total procedente de un caso fortuito o de fuerza mayor". COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Tomo Tercero, trad. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 742.

• José Maximiliano Rivera Restrepo

Inició sus estudios en el Instituto Nacional y en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Notario Público, Conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero Judicial Suplente de Tocopilla. Profesor de Jornada de Derecho Civil en la Universidad Gabriela Mistral. Diplomado en Docencia Universitaria, Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile, Código Postal: 7510549. E-mail: jose.rivera@ugm.cl.

incumplimiento ha de servir de base a la acción resolutoria, pues, el incumplimiento debe reunir a lo menos dos caracteres: ser imputable al contratante incumplidor y reunir la característica de la gravedad³. Lo anterior; para evitar que un mero retraso en el cumplimiento de la obligación pueda dar lugar a la resolución⁴. Asimismo, se trata de descartar que el caso fortuito o fuerza mayor sirva de fundamento a la resolución⁵.

Es claro que la objetivización de la acción resolutoria, proviene de la influencia anglosajona, pues en el sistema anglosajón, no es necesario que el incumplimiento contractual sea “imputable” al deudor; para que proceda la resolución. Ello se opone a la tradición del Derecho continental y, en mi opinión, a las nociones de equidad natural. De aceptarse esta opinión, significaría que todas las obligaciones serían de resultado, lo que supondría la abolición práctica de las obligaciones de medio, e innumerables problemas jurídicos que se derivarían de esta circunstancia⁶.

La doctrina clásica ha planteado que, frente al caso fortuito o fuerza mayor, no se dan los requisitos de la acción resolutoria. Sin embargo, algunos autores, en la actualidad, postulan que la imposibilidad sobrevenida, es causa suficiente que fundamenta la resolución. En este sentido, es interesante recordar la STS 14 diciembre 1998, que establece una opinión mixta o ecléctica, con la que igualmente no estamos de acuerdo, ya que decretó que frente al caso fortuito o fuerza mayor, tiene lugar la resolución, pero sin dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios⁷.

III. LA IMPUTABILIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.

Alego en favor de la imputabilidad como justa causa de resolución, por cuanto, en mi opinión, el Derecho debe distinguir entre el comportamiento culpable o doloso, por una parte, y el meramente fortuito, por la otra. No es posible que se le atribuyan las mismas consecuencias al contratante inocente, que al culpable. Dicha inocencia justifica que el deudor quede liberado de sus obligaciones. Es muy

3 Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

4 En este sentido, vid. la STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9447), la que no considera grave el retraso, por cuanto no impidió el fin normal del negocio, ni tampoco frustró las expectativas de la parte compradora; y, la STS 18 noviembre 1993 (RJ 1993, 9148), que desestima la resolución fundada en el mero retraso en el cumplimiento de la obligación, pues, no se pudo cobrar el último plazo de la compraventa, porque el vendedor había cambiado de domicilio. Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, arts. 1043 a 1264, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8220–8221; PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, Tomo II, arts. 609 a 1.314, Comares, Granada, 2009, p. 1912.

5 Cfr. MONTÉS PENAÉS, V. L.: “Comentarios al Código Civil”, T. XV, vol. I, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, disponible en www.vlex.com (Fecha de la consulta 2014.2.22), 1989, p. 31.

6 Cfr. MILÀNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* (coord. X. O’CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 687–688.

7 Cfr. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^ª: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa. Comentario*, disponible en www.bob.bosch.laley.es (Fecha de la consulta 2015.12.3), p. 13.

importante que se den claramente los elementos que conforman el caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia ha reconocido este presupuesto de manera reiterada. Así, se exige como requisito de la acción resolutoria, una actitud del deudor más o menos culposa o dolosa contraria al normal desarrollo del proyecto y ejecución contractual. [STS 27 mayo 1980 (R) 1980, 1969)].⁸ Asimismo, la jurisprudencia⁹ también ha dicho que para que exista resolución, es preciso que exista una omisión del contratante incumplidor que supone una pasividad o dejación frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte, lo que denota –según mi opinión– una actitud culpable de parte del contratante negligente.¹⁰ En este sentido, se ha pretendido establecer lo que se denomina factores etiológicos subjetivos. Así, la resolución será imputable al contratante incumplidor, sólo cuando se rebele en éste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o bien, un hecho obstativo que, de manera definitiva y absoluta, impida el cumplimiento.¹¹ Dentro de estos supuestos, se han comprendido la culpa o negligencia y el dolo o malicia del contratante incumplidor; siempre que, de ellos surja el hecho obstativo que impida el cumplimiento, es decir, se exige una relación de causalidad entre este elemento subjetivo (culpa o dolo) y el resultado (hecho que impide el cumplimiento de la obligación)¹².

Por lo anterior, MONTÉS PENADÉS¹³, tratando de sistematizar los requisitos del incumplimiento, señala que éste debe reunir a su vez tres elementos: (i) el primero, y como es obvio, debe existir una omisión de la prestación o, una ejecución de la misma en términos distintos a los previstos por las partes; (ii) el crédito del acreedor producto del incumplimiento, se ve lesionado, es decir, el acreedor no satisface los intereses previstos por él, al momento de celebrar el contrato y, (iii) un juicio de reproche en la conducta del contratante incumplidor; toda vez que éste ha actuado con culpa o dolo.

La jurisprudencia, en un principio, exigía la existencia de la voluntad deliberadamente rebelde del incumplidor¹⁴, para proceder a declarar la resolución

8 Cfr. XIOL RIOS, F. (dir.): *Código Civil*, Grupo El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2010, p. 1234.

9 En este sentido, la STS 13 marzo 1930 decreta que: “La acción resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas que ejercitó el recurrente amparándose en el artículo 1.124 necesita, para que prospere, según jurisprudencia de esta Sala la justificación de que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables al mismo [...]”. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo IV. Artículos 1.088 a 1.444 (Doctrina, antecedentes y concordancias de J. SANTOS BRIZ y J. Á. TORRES LANA, dir., coord. y selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía. J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1991, p. 167.

10 Cfr. MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 1093.

11 Al respecto vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones* (Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. Quinta Edición, revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 195.

12 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 31.

13 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 32.

14 En este sentido, MORENO GIL señala que: “Los desfases o retrasos en las liquidaciones de cuentas imputables al señor... no cabe conceptuarlas cual el supuesto de «incumplimiento negligente» de que habla la estipulación

de la obligación¹⁵. Luego, la jurisprudencia posterior, introdujo matices en torno a este requisito, en el sentido que se presumía esta voluntad¹⁶ cuando se frustraba el fin del contrato, de tal manera que ya no se exigía una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento¹⁷; algunas sentencias exigen que basta con que el incumplimiento sea grave; otras exigen incluso un incumplimiento parcial o relativo, siempre que frustre el fin del contrato¹⁸. Este cambio jurisprudencial, está conforme con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ésta, en su artículo 25 tipifica como esencial el incumplimiento de un contrato, en cuya virtud el comprador podrá solicitar la resolución de la compraventa. Por su parte, el artículo 49 de este cuerpo normativo, dispone que: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado en igual situación”¹⁹. Aun cuando la jurisprudencia moderna suprimió el requisito de la voluntad

segunda, apartado e), lo que, a su vez, origina esta otra conclusión: la imposibilidad de apreciar en el citado contratante la «voluntad deliberadamente rebelde» y el «incumplimiento trascendente a la economía de los contratantes» que la doctrina de la Sala destaca como uno de los varios factores determinantes de la correcta aplicación del artículo 1.124 del Código Civil”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1094. Asimismo, se hablaba de una “voluntad deliberadamente rebelde” en la STS 30 junio 1988: “[...] Olvida, o no tiene en cuenta el recurrente, que al plantear la cuestión debatida, el Juzgador señala que, tratándose del ejercicio de la acción resolutoria a la que hacen referencia los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil requiere según doctrina de esta Sala, por una parte, y en ello pone todo el énfasis de la cuestión, el que exista en los demandados compradores una «voluntad deliberadamente rebelde que constituya un proceder derecho y auténticamente contrario al fin del contrato», y por lado del vendedor, de existir cierto incumplimiento, que no haya sido provocado por el acreedor con su actuación propia”. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1095.

- 15 Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1092.
- 16 En este sentido, se señala que: “La voluntad obstativa al cumplimiento del contrato es norma común a toda clase de declaraciones resolutorias”. [Comentario a la STS 18 diciembre 1991]. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1088. Se agrega que: “Para que proceda la resolución contractual ha de haber una decidida voluntad obstativa por parte del acusado de incumplimiento, de forma que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la parte”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1094.
- 17 Asimismo, MORENO GIL, en un comentario a la STS 5 junio 1989, reproduce parte de la misma: “Ha de ser estimado el motivo segundo, que ... acusa infracción de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, «porque se ha producido de modo evidente un incumplimiento de obligación en contrato bilateral de compraventa por la parte compradora con voluntad deliberada de importancia trascendental y que no ha sido subsanado pese a la existencia de un requerimiento expreso de resolución, constanding por el contrario el pleno cumplimiento de la contraparte». Efectivamente, de los hechos probados que se relacionan en el fundamento de Derecho segundo de los que anteceden resulta, por declaración de ambas sentencias de instancia, que los recurrentes cumplieron la prestación a que se obligaron, que no cumplió la suya la entidad recurrida, y que, no obstante, aquéllos son condenados en la sentencia impugnada. Aparece evidente que la recurrida «U.» dejó de transcurrir unos dos años sin iniciar o realizar actividades notables en la construcción a que se obligó. La Sala a quo considera que esta conducta no significa una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por encontrarla justificada. Mas es de poner de relieve que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento [...]”. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1093.
- 18 En este sentido, se dice que: “[...] la moderna jurisprudencia abandona las palabras de «voluntad deliberadamente rebelde» por entenderlas demasiado rigurosas y sólo comprensivas del impago doloso y, en su lugar, habla de incumplimiento pertinaz que frustre el fin específico del contrato”. [Se refiere a la STS 19 diciembre 1991]. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1087.
- 19 Cfr. DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, M., CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., DE LA ESPERANZA, P., GONZÁLEZ OLLEROS, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M.: *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia*, 18ª Edición, Colex, Madrid, 2009, p. 804.

deliberadamente rebelde²⁰, algunos autores mantienen su opinión en cuanto a que por razones de equidad, los jueces deberán buscar el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones, de ahí que este requisito supone, en definitiva, la ausencia de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones sinalagmáticas o la existencia de un ejercicio abusivo del derecho que tiene el acreedor²¹. En este sentido, cierta parte de la doctrina, sobre la base de la jurisprudencia, ha llegado a decir que la voluntad deliberadamente rebelde del contratante incumplidor no constituye un elemento necesario para que prospere la acción resolutoria. Nunca llegó a ser éste, un elemento o presupuesto autónomo o independiente, sino que, por el contrario, su rol ha sido referirse, en forma negativa (falta de voluntad deliberadamente rebelde), o en forma positiva, (se requiere de una voluntad rebelde), a los otros presupuestos de la acción resolutoria. La jurisprudencia moderna, ha supuesto un cambio terminológico en cuanto a este elemento, pues, se ha pretendido evitar la identificación del requisito en comento con la noción de dolo por parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se ha producido por la irrupción de dos tendencias jurisprudenciales: (i) Una tesis moderada, conforme a la cual el concepto de voluntad rebelde ha sido reemplazado por ciertas nociones más suaves, como *v. gr.*, voluntad de incumplir; (ii) Una tendencia radical, según la cual, se ha de prescindir de toda noción subjetivista, (referida a los sujetos de derecho que intervienen en la relación jurídica)²². En contra de la opinión anterior, se ha pronunciado DELL'AQUILA, quien, sobre la base de la jurisprudencia, señala que uno de los requisitos de la resolución por incumplimiento, consiste en la existencia de una voluntad deliberadamente o manifiestamente rebelde de parte del contratante incumplidor; o bien, la existencia de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo o irreformable impida el cumplimiento de la obligación²³. Con todo y, a mayor abundamiento, el TS ha exigido reiteradamente que la conducta del contratante incumplidor, debe ser imputable a él, para que el juez proceda a declarar la resolución de la obligación. Por lo tanto, se deja fuera del alcance del artículo 1124 del Código Civil, a los casos en que el incumplimiento contractual obedece a una imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación²⁴.

Frente a lo dicho precedentemente, estimo que más que ubicar el juicio de reproche dentro del requisito del incumplimiento, se debe analizar como presupuesto

20 En este sentido, se ha dicho que: "No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo". MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1086.

21 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales", en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, (coord. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 91-97. Vid. también: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I. Volumen II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988, pp. 125-126.

22 Cfr. JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, pp. 162-164.

23 Cfr. DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, p. 171.

24 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., pp. 91-97. Vid. también: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 97.

independiente, pues, mientras el primero se ubica en el plano de la objetividad, el segundo responde a criterios subjetivos. Por ello, considero que la ambigüedad e indefinición que ha mostrado el trabajo jurisprudencial, obedece precisamente a esta falta de claridad, al momento de establecer los requisitos necesarios para declarar la resolución de la obligación. En este punto, la doctrina moderna ha planteado que la intencionalidad se mantiene como requisito de procedencia de la acción resolutoria, aunque con un nuevo enfoque. Sobre la base de lo fallado por el TS y, tomando en cuenta los Principios *UNIDROIT*, los Principios de Derecho Contractual Europeo (*PECL*) y el Marco Común de Referencia (*DCFR*), se identifica con el incumplimiento esencial o fundamental²⁵.

Aun cuando, se podría incluir este elemento a propósito del incumplimiento de la obligación, creo que es más propio tratarlo como elemento autónomo, por ello lo he incluido y trato como requisito independiente, pues, el problema que se atisba, de seguir estos planteamientos, es que la imposibilidad sobrevenida fortuita quedaría fuera de este marco²⁶.

Siguiendo con el análisis de este presupuesto, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “La prestación debida puede, de forma voluntaria, ser realizada exactamente por el obligado; pero también puede éste incumplir totalmente, o, aun cumpliendo, no realizar aquella exactamente como debía. [...] Si no hay cumplimiento voluntario exacto, la ley adopta diversas medidas, según de qué causas proceda. Tales causas se catalogan en dos grupos, a tenor de que consistan o no en hechos de los que sea responsable el deudor. En este caso, el acreedor debe soportar el incumplimiento —si el cumplimiento se ha hecho definitivamente imposible (pues, entonces, realmente la obligación se extingue, por lo que no hay ya deber de cumplir)— o el cumplimiento inexacto²⁷, en aquél, la ley procura que, en definitiva, su patrimonio quede como si hubiese habido cumplimiento exacto²⁸, concediéndole para ello la posibilidad de exigir: bien el llamado cumplimiento forzoso en forma específica (es decir, la realización de la misma prestación debida, cuando sea posible), y, en su defecto, la indemnización por los daños y perjuicios que la falta del mismo acarree; bien uno y otra, cuando, a pesar de posterior cumplimiento, resulte lesionado por la falta del cumplimiento oportuno y exacto (por ejemplo, por la demora)”²⁹. Así lo ha decretado la jurisprudencia, en la STS I I octubre 2006 (RJ 2006, 6443). En este caso, el debate

25 Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1124”, cit., p. 8223.

26 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios Código”, cit., p. 32.

27 En este sentido, ARNAU MOYA señala que existen dos clases o tipos de incumplimiento: (a) el incumplimiento total o falta de cumplimiento, y (b) el incumplimiento defectuoso o inexacto. Cfr. ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009, pp. 76–77.

28 OGAYAR Y AYLLÓN se refiere a la noción de “cumplimiento exacto de la deuda”, Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1983, p. 76.

29 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011, pp. 169–170.

se centró en el supuesto incumplimiento por la demandada de sus obligaciones emergentes del contrato suscrito con fecha 10 de marzo de 1975 con la actora, en virtud del cual ésta enajenó mediante compraventa en pública subasta dos fincas, llamadas “La Costa” y “Llano de Sombrero y Tablero”, respectivamente, sitas en el término Municipal de Pájara, conforme al pliego de condiciones aprobado en sesión plenaria municipal de 23 de junio de 1973, (modificado por otro acuerdo plenario de fecha 8 de noviembre de 1973). El juzgado *a quo*, desechó la demanda de autos y la reconvenición, y su sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial respectiva, que aceptó parcialmente la demanda y la declaración de resolución del contrato suscrito el 10 de marzo de 1975, con expresa condenación para la demandada, en el sentido de restituir el precio pagado de 127.000.050 pesetas, con los respectivos intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, incrementados en dos puntos a partir de la notificación de esta resolución, con la consiguiente recuperación por el Ayuntamiento de la propiedad de las fincas transmitidas³⁰. En definitiva, la STS 11 octubre 2006 decreta que: “[...] No concurren en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 1124, pues la propia resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes [...]”³¹. En este mismo sentido, la STS 19 mayo 2008, dispone que: “Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 abril 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional³² y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–”³³. En este caso, se debe tener en cuenta que el derecho de opción que otorga al acreedor el cumplimiento de la facultad resolutoria tácita. Pienso que se requiere la existencia de una conducta dolosa o culpable de parte del deudor; pues, en caso de ejercitar cualquiera de las opciones (cumplimiento forzado o resolución de la obligación), el contratante diligente exigirá indemnización de perjuicios, y uno de sus requisitos es la imputabilidad del deudor (culpa o dolo), debiendo acreditar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios³⁴. A pesar de ello, la jurisprudencia no lo incluye como requisito o presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria de manera independiente. En efecto, son varias las sentencias que

30 Cfr. STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).

31 Cfr. STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).

32 El subrayado es mío.

33 STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091).

34 En general, se ha dicho que cuando se demanda el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación, más una indemnización por daños y perjuicios el actor debe proceder a probar la existencia y cuantía de estos daños y perjuicios. En este sentido, PUIG BRUTAU cita las sentencias 10 noviembre 1927, 6 mayo 1944, 12 junio 1944 y 10 marzo 1950. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos Derecho*, cit., p. 134. Asimismo, MORENO GIL se refiere a la necesidad de probar los perjuicios, por quien alega su existencia, y esa constituye una cuestión de hecho. Se refiere este autor a la STS 22 junio 1989. Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1078. Por su parte, ALBÁCAR LÓPEZ, cita –en este sentido–, la STS 5 marzo 1925. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV”, cit., p. 165. En este sentido, vid. también: FARRÉ ALEMÁN, J. M^a: *Código civil comentado y concordado*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2000, p. 1068.

exigen como presupuestos de la acción resolutoria, los siguientes: (a) la bilateralidad de la relación jurídica; (b) que las obligaciones recíprocas sean actualmente exigibles; (c) que el contratante que exige la resolución haya cumplido con su obligación o esté dispuesto a hacerlo; (d) que exista un incumplimiento esencial por parte del otro contratante³⁵. En general, la jurisprudencia sobre este requisito se ha mostrado ambigua y desconcertante³⁶. En este punto, conviene señalar que la jurisprudencia, desde el año 1941 hasta la década de los 80, agregaba como requisito para solicitar la resolución de la obligación principal, la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento³⁷. En este sentido, la doctrina ha señalado que el artículo 1124 del Código Civil, es claro, en orden a no exigir como presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria, la culpa o dolo por parte del contratante incumplidor. Se debe concluir, entonces, que la misma procede incluso cuando el incumplimiento sea causa de una imposibilidad sobrevenida. Ello no se opondría, según la doctrina, a la jurisprudencia que estima que debe existir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento³⁸. La doctrina señala que la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se refiere a que el deudor negligente debe tener plena conciencia con relación a su actuación: a su incumplimiento y a la forma en que éste lesiona

35 En efecto, la STS 19 mayo 2008, señala que: “[...] El recurso de la demandante Isleña Marítima de Contenedores, SA se compone de un único motivo. En él dicha litigante señala como infringido el artículo 1.124 del Código Civil (LEG 1889, 27), así como la jurisprudencia formada en relación con los requisitos y consecuencias de la resolución de los contratos, con el argumento de que se cumplían en el caso todas las condiciones precisas para sancionar tal tipo de ineficacia sobrevenida y, en concreto, la naturaleza bilateral del vínculo obligatorio, la exigibilidad de las prestaciones recíprocas, el cumplimiento de la que había sido puesta a su cargo y la voluntad de la demandada contraria a hacer lo propio con la por ella debida. Como declaró la sentencia de 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) –con cita de las de 25 de febrero de 1978 (RJ 1978, 590), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1426) y 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1196) –«no todo incumplimiento –en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido– es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática». Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–. Y, finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor –sentencia de 5 de abril de 2006–. Por otro lado, es necesario que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación incumplidora, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante –sentencias 21 octubre 1994 (RJ 1994, 8146) y 7 junio de 1995 (RJ 1995, 4632)–. STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091). En este mismo sentido, SANTOS BRIZ, cita las STS 23 noviembre 1964; 20 septiembre 1965, 1 febrero 1966, 14 noviembre 1968 y 13 mayo 1972, las que exigen los mismos presupuestos. Cfr. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 131.

36 Cfr. PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRIGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, Tomo II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato (Segunda Edición), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 1998, p. 133.

37 En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala que: “La tendencia se inicia con la Sentencia de 5 de julio de 1941 (R.A. 899, § 1) y se mantiene prácticamente invariable hasta los años ochenta. El criterio imperante es, pues, puramente subjetivista: es necesario valorar judicialmente el comportamiento del demandado, es decir, entrar en el ánimo del deudor–incumplidor y determinar su intención en orden a un posterior cumplimiento, de manera que sólo cuando quede suficientemente demostrada su intención contraria al cumplimiento procede la resolución”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 67.

38 Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, Volumen III, Segunda Edición. Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, p. 28.

los intereses del contratante diligente³⁹. Con todo, estimo que este requisito o presupuesto agregado por la jurisprudencia, perfectamente se puede subsumir en el requisito analizado en este punto, es decir, que el deudor negligente tenga una conducta imputable (porque incurrió en culpa o dolo)⁴⁰ supone, necesariamente, que tiene plena conciencia de su actuación y del daño que ésta infiere a la persona y propiedad del contratante diligente. Aun cuando cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, identifican a la voluntad deliberadamente rebelde con la existencia de dolo⁴¹. En este sentido, se ha dicho que el comportamiento deliberadamente rebelde del deudor, se refiere al comportamiento doloso y no solamente culposo⁴².

Sin embargo, insisto en que debe existir una conducta imputable al contratante negligente, sea por culpa o dolo del deudor incumplidor, para que el tribunal proceda a declarar la resolución de la obligación, pues, esta negligencia debe ser sancionada por el juez y, en ningún caso, asumida por el acreedor cumplidor. Pensar algo distinto de lo anterior, sería traicionar el deber de buena fe contractual. Además, supondría una negación del principio de equidad natural⁴³. Se debe indicar que la

39 Cfr. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio Derecho*, p. 28.

40 En este sentido se pronuncian: VILALTA NICUESA y MÉNDEZ TOMÁS. Cfr. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La resolución*, cit., s/n.

41 En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala lo siguiente: “Que el incumplimiento sea deliberado parece indicar la plena conciencia del demandado respecto a su actuación contraria al cumplimiento y a los efectos perjudiciales de la misma para la parte acreedora. La rebeldía parece referirse a la persistente intención del deudor de mantenerse de forma voluntaria y consiente en esa actitud, es decir, intención de prolongar en el tiempo –y de manera indefinida– el incumplimiento. De lo anterior pudiera inferirse que, bajo el término «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», lo que en definitiva se está exigiendo es la concurrencia de dolo en el sujeto, no bastando por tanto para pedir la resolución cualquier incumplimiento imputable, sino sólo el que trajera su causa de una conducta engañosa, defraudatoria y dolosa del deudor”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 67. En sentido contrario, se señala que: “Para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la fresa «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso un tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias. (STS 5–6–1989; RJ 1989, 4298). En análogo sentido las SSTS 31–3–1992 (RJ 1992, 2312), 19–12–1991 (RJ 1991, 9404), 7–7–1988 (RJ 1988, 5581), 12–5–1988 (RJ 1988, 4087) y 13–11–1985 (RJ 1985, 5607)”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 1232.

42 Cfr. PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual Derecho*, cit., p. 133.

43 Con relación al supuesto requisito de la resolución que se denomina voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, la jurisprudencia presenta tres líneas bien marcadas en cuanto a la inteligencia de este presupuesto: “[...] a) La que sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, y lo entiende en su sentido más estricto, esto es, como indagación de la voluntad del deudor, de su propósito o actitud a la hora de incumplir, y trasladando al actor la carga de probar no sólo el hecho objetivo del incumplimiento, sino también la firme y decidida indisposición del demandado al cumplimiento (SSTS 30 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7487), 11 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7918)). Esta línea es hoy la minoritaria. b) La que matiza la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento respecto de la formulación clásica; matización que se ha llevado a cabo de varias maneras: a) La «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» se presume del hecho mismo del incumplimiento o por la frustración del fin del contrato [SSTS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921) y 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 307)]. b) La expresión «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no ha de interpretarse literalmente, lo que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento [SSTS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6488) y 30 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9138)]. c) Se exige una voluntad de incumplir, pero ésta no ha de consistir en una persistente y tenaz resistencia al cumplimiento de lo convenido (SSTS de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7615), 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637), 8 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1346), 10 de junio de 1996 (RJ 1996, 4753) y 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)]. d) Más que una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, se exige una actitud o voluntad obstativa al

doctrina presenta diversas opiniones sobre este punto, pues, para algunos autores, el incumplimiento debe ser imputable al contratante incumplidor. Así, para BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, TRAVIESAS, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE y CASTÁN⁴⁴. En cambio, otros autores señalan que no es necesario este requisito para proceder a declarar la resolución por incumplimiento⁴⁵. Dentro de estos últimos se pronuncia MORALES MORENO⁴⁶. La primera tesis se apoya en la noción de equidad, como justificante de la institución en comento y, además, en la tradición histórica⁴⁷.

Para cierta parte de la doctrina, toda clase de incumplimiento debe dar lugar a la resolución de la obligación, se trate de caso fortuito, culpa o dolo del deudor; porque en cualquiera caso, el acreedor no satisface sus intereses, habiendo cumplido cabal y oportunamente su deber. En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, para quien, si bien la culpa no es un requisito de la acción resolutoria, se puede traducir, en ciertos casos, en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratante cumplidor⁴⁸. Asimismo, la STS 2 octubre 1995, prescinde de la noción de voluntad deliberadamente rebelde, entendida como sinónimo de voluntad dolosa⁴⁹. Esta opinión ya era defendida en Francia por LAROMBIERE y CAPITANT⁵⁰.

En cambio, otros autores plantean que sólo en el caso de que exista una conducta culpable del contratante incumplidor, podrá ser decretada la resolución de la obligación. El juez declarará la resolución del contrato en caso que exista dolo o malicia de parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se demostraría por el tenor literal del artículo 1124 del Código Civil, el que, al parecer, exigirá una conducta negligente de parte del deudor incumplidor. Además, el derecho opcional le confiere al acreedor cumplidor el derecho a solicitar en ambos casos (cumplimiento forzado

cumplimiento (31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923), 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8432), 23 de enero de 1996 (RJ 1996, 639), 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4348), 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7036)]. c) La línea jurisprudencial que prescinde del elemento volitivo y sigue una orientación básicamente objetiva, atendiendo para declarar la resolución a la frustración del fin del contrato [SSTS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8290), 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 567) y 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4336)]". CLEMENTE MEORO, M. E.: *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Editorial Bosch, S.A., 2009, pp. 31–32. Cfr. FARRÉ ALEMÁN, J. M.: *Código civil*, cit., pp. 1073–1074.

44 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

45 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw–Hill, Madrid, 1996, p. 45.

46 Cfr. MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez–Picazo, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 32–33.

47 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

48 Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, Volumen II. El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002, pp. 99–101.

49 Esta STS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 6978), dispone que: "La nueva jurisprudencia, ya consolidada, ha rechazado una interpretación del concepto voluntad deliberadamente rebelde rigorista e identificable con el impago doloso cuando en verdad es aconsejable resolver a instancia del vendedor los contratos en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado o que frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor". PASQUAU LIAÑO, M., ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A.: *Jurisprudencia civil*, cit., pp. 1911–1912. Al respecto, vid. también: STS 2 abril 1993 (RJ 1993, 2989). Cfr. PASQUAU LIAÑO, M., ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A.: *Jurisprudencia civil*, cit., p. 1912.

50 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 85.

o resolución), una indemnización por daños y perjuicios, la que, no resulta compatible con la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues en este caso, no se le puede formular un juicio de reproche al contratante incumplidor, toda vez que el caso fortuito es un hecho imprevisible para él que no pudo ser resistido, y que lo convierte en un contratante inimputable⁵¹.

Tratando de sistematizar los argumentos que se han esgrimido a favor de esta tesis, podemos decir que se recurre a los siguientes postulados: (i) Si bien el artículo 1124 del Código Civil no se refiere expresamente al requisito de la imputabilidad, es porque este requisito se deduce de las normas generales: artículo 1105 del Código Civil español, que dispone: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". (ii) Como se dijo, el artículo 1124 del Código Civil español, concede al contratante cumplidor el derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios. La indemnización de perjuicios requiere como presupuesto, una conducta culpable o dolosa de parte del deudor. (iii) El artículo 1124, apartado 3º del Código Civil español, le concede la facultad al tribunal para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor; a fin de que éste cumpla la obligación en los términos debidos, esto supone que, la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, no se considera fundamento para solicitar la resolución por incumplimiento⁵². La jurisprudencia ha acogido en forma reiterada esta opinión⁵³.

En contra de esta tesis, se ha dicho que no cabe exigir culpa o dolo del contratante incumplidor, para proceder a decretar la resolución de la obligación⁵⁴, por cuanto: (i) El tenor literal del artículo 1124 del Código Civil español no exige este requisito. (ii) Si bien la ley le concede al contratante diligente la facultad para solicitar una indemnización de perjuicios⁵⁵, ello no supone que ésta operará como un derecho automático en su favor; es decir, el tribunal sólo condenará al contratante incumplidor a pagar una indemnización de perjuicios, cuando efectivamente existan y hayan sido probados los daños en el juicio. De tal manera que, cuando

51 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., pp. 99-100.

52 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento*, cit., p. 47.

53 En este sentido, se pronuncian las STS 21 mayo 1948, STS 26 junio 1952, STS 5 julio 1941, STS 9 julio 1941, STS 28 enero 1944, STS 5 junio 1944, STS 12 abril 1945, STS 9 marzo 1950, STS 5 julio 1951, STS 22 octubre 1951, STS 5 mayo 1953, STS 12 mayo 1955, STS 18 mayo 1955, STS 28 febrero 1958, STS 4 noviembre 1958, STS 2 enero 1961, STS 28 noviembre 1961, STS 23 noviembre 1964, STS 1 febrero 1966, STS 3 marzo 1967, STS 30 abril 1969, STS 11 junio 1969, STS 13 mayo 1972, STS 8 febrero 1975, STS 4 marzo 1975, STS 15 diciembre 1975, STS 24 noviembre 1976, STS 11 marzo 1977, STS 7 febrero 1978, STS 7 febrero 1978, STS 11 marzo 1978, STS 28 febrero 1980, STS 11 diciembre 1980, STS 30 junio 1981, STS 1 marzo 1982, STS 27 marzo 1982 y STS 4 mayo 1982, entre muchas otras. Cfr. OGAYAR Y AYLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., pp. 86-87.

54 En este sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO señala que: "La imputabilidad del incumplimiento al demandado se encuentra, al menos en la doctrina más reciente, rebajada en su importancia, sin perjuicio de constituir, en su caso, requisito necesario para la pretensión indemnizatoria que puede acompañar a la resolución". BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios Código*, cit., p. 8222.

55 Con relación a la indemnización de daños y perjuicios, vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios Código*, cit., pp. 8256-8261.

el incumplimiento obedezca a un incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, no cabrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios. (iii) Además, se dice que, de requerirse el elemento imputabilidad, ello supondría necesariamente que la acción resolutoria se funda en la teoría de la sanción, tesis que se encuentra abandonada⁵⁶. En este sentido, se han pronunciado DIEZ-PICAZO y DELL'AQUILA⁵⁷. La jurisprudencia también ha acogido esta tendencia⁵⁸, a partir de la sentencia de 26 de enero de 1980, que comienza a exigir una voluntad obstativa al cumplimiento⁵⁹, con lo cual, ya no se exige la existencia de dolo⁶⁰. En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, señala que: "Así las cosas, parece claro que la imposibilidad fortuita de la prestación extingue, en todo caso, la obligación, sea unilateral o bilateral. En este último caso, o sea, cuando la obligación sea bilateral y una de las partes quede liberada por incumplimiento inimputable, el problema radica en determinar qué ocurre con la otra obligación, es decir, si la extinción de una de las obligaciones determina también la de la contraparte o, por el contrario, ésta continúa, a pesar de la liberación de su deudor"⁶¹. A este respecto existen dos opiniones, la primera consiste en aplicar como regla general el artículo 1452, apartado 1º, del Código Civil español (a propósito del contrato de compraventa), que dispone: "El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182". Por su parte el artículo 1096, apartado 1º, del CC español dispone que: "Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega". Por último, el artículo 1182 del CC señala que: "Quedaré extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"⁶². Del análisis de las normas

56 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento*, cit., pp. 47-48.

57 Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., pp. 87-88.

58 En este sentido, se pronuncian las STS 24 octubre 1899, STS 14 febrero 1912, STS 29 septiembre 1912, STS 13 marzo 1930, STS 5 enero 1935, STS 9 julio 1941, STS 24 octubre 1941, STS 5 junio 1944 y STS 22 enero 1951. Cfr. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos produce*, cit., p. 86.

59 En este sentido, vid. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1087. Este mismo autor señala que: "Es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento. [...] si como tiene reiteradamente declarado esta Sala, de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 1-2-1966, 11-6-1969 y 4-10-1983, es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento, claro es que esa situación no cabe apreciarla en las entidades demandadas, ni concretamente la nominada «V. BML, S.A.», que entregó la máquina en cuestión, desde el momento, como indica la sentencia recurrida, con aspecto vinculante en casación según viene dicho, que para obtener la indicada documentación, y en consecuencia para subsanar el error padecido con relación a ella, no prestaron colaboración los demandantes, ahora recurrentes, D.M. y D.J.S.D., cual era preciso, por lo que al incumplir éstos por su parte al respecto no tiene viabilidad su pretensión resolutoria contractual, conforme tiene declarado esta Sala [...]". MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1088.

60 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., p. 71. En este sentido, se ha dicho que: "No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo". Cfr. MORENO GIL, O.: *Código civil*, cit., p. 1086.

61 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: "La resolución", cit., p. 102.

62 Al respecto, vid. ALBÁCAR LÓPEZ, cita —en este sentido—, la STS 5 marzo 1925. Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: "Libro IV", cit., pp. 338-339.

anteriores, se puede concluir que cuando acaece un caso fortuito o fuerza mayor, el deudor queda, en principio, liberado de su obligación de especie o cuerpo cierto. Es decir, no obstante que hubiere satisfecho su interés, nada tendrá que entregar o indemnizar al otro contratante⁶³. Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, se debe atender a cuestiones objetivas para fundar la resolución, es decir, basta con que exista un incumplimiento grave⁶⁴, verdadero⁶⁵ e inequívoco que frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones de la contraparte⁶⁶. Así, la jurisprudencia ha acogido el criterio puramente objetivo [STS 31 mayo 2007 (RJ 2007, 4336), STS 14 febrero 2007 (RJ 2007, 567) y STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8290)]⁶⁷.

IV. CONCLUSIÓN.

Pareciera ser que, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, la resolución del contrato se consagra con un criterio estrictamente objetivo, esto es, se prescinde de todo ingrediente que diga relación con la culpa y el dolo.

El problema que veo en esta postura, es que se iguala el comportamiento de una persona negligente o que actuó con malicia, a la conducta que tuvo un contratante que sufrió de caso fortuito o fuerza mayor. Me pregunto, en este punto, ¿el Derecho puede olvidar este distingo?

Ante la homogeneidad que presentan los diversos textos de Derecho uniforme, orientados hacia el principio de la eficiencia, seguridad jurídica, consagrando a la autonomía de la voluntad como principio rector del Derecho obligacional y, por ello, subestimando el rol de la buena fe, estimo que debe existir una preponderancia de la equidad natural, cuestión que implica asumir un trato diverso a los contratantes que, puesto en planos de igualdad, han asumido una conducta reprochable a su conducta o su incumplimiento obedece a fuerza mayor.

63 Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., pp. 102 y 103.

64 El adjetivo “grave” es utilizado por las STS 23 enero 1996, (RJ 1996, 639) y 8 febrero 1993, (RJ 1993, 690).

65 Cfr.: STS 10 junio 1996 (RJ 1996, 4753); 15 noviembre 1994 (RJ 1994, 8836); 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024); 26 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024); 2 diciembre 1993 (RJ 1993, 9488); 25 noviembre 1992 (RJ 1992, 9588) y 16 junio 1992 (RJ 1992, 5141).

66 Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución”, cit., p. 1090.

67 Cfr. CLEMENTE MEORO, M. E.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, en *Código civil comentado, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. (Dir. Moreno y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, coords. Javier ORDUÑA MORENO, Javier PLAZA PENADÉS, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011, p. 233.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia* (Tomo IV. Artículos 1.088 a 1.444. Doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime SANTOS BRIZ y José Ángel TORRES LANA, dir., coord., selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ), Editorial Trivium S. A., Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, Volumen II. El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002.

ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, arts. 1043 a 1264, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

CLEMENTE MEORO, M. E.:

“Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, en *Código civil comentado*, vol. III, *Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (Arts. 1088 a 1444). (dirs. Moreno y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, coords. Javier ORDUÑA MORENO, Javier PLAZA PENADÉS, José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011.

La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2009.

COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Tomo Tercero (trad. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demofilo DE BUEN), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960.

DE BUSTOS GÓMEZ–RICO, M., CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., DE LA ESPERANZA, P., GONZÁLEZ OLLEROS, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^a: *Código Civil, Comentarios y Jurisprudencia* (18^a Edición), Colex, Madrid, 2009.

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw–Hill, Madrid, 1996.

DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.

DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

FARRÉ ALEMÁN, J. M^a: *Código civil comentado y concordado*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”, en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. (coord. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 383–489.

GOETHE, J. W.: “Fausto”, en *Tesoros de autores ilustres*, trad. por Revista Literaria, Librería de D. Juan Oliveres, Editor, Barcelona, 1865.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1124”, en *Comentarios al Código civil*, Tomo VI (dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213–8261.

JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1992.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato. Quinta Edición, revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, Dykinson, 2011.

MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato* (cord. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 673–703.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios al Código Civil”, T. XV, vol. I, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, disponible en www.vlex.com, (Fecha de la consulta 2014.2.22), 1989, pp. 1–93.

MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez-Picazo, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2006.

MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 1983.

PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, Tomo II, arts. 609 a 1.314, Editorial Comares, S. L., Granada, 2009.

PUIG BRUTAU, J.:

- *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I. Volumen II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1988.

- *Compendio de Derecho civil*, Volumen III, Segunda Edición, Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1994.

PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, Tomo II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 1998.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^a: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa. Comentario*, disponible en www.bob.bosch.laley.es (Fecha de la consulta 2015.12.3).

XIOL RÍOS, F. (dir.): *Código Civil*, Grupo El Derecho y Quantor, S. L. Madrid, 2010.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3091).
- STS 22 diciembre 2007 (RJ 2007, 307).
- STS 31 mayo 2007 (RJ 2007, 4336).
- STS 14 febrero 2007 (RJ 2007, 567).
- STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6443).
- STS 5 abril 2006 (RJ 2006, 1921).
- STS 10 octubre 2005 (RJ 2005, 8576).
- STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8290).
- STS 30 octubre 2002 (RJ 2002, 9138).
- STS 11 noviembre 1996 (RJ 1996, 7918).
- STS 30 octubre 1996 (RJ 1996, 7487).
- STS 4 octubre 1996 (RJ 1996, 7036).
- STS 10 junio 1996 (RJ 1996, 4753).
- STS 16 mayo 1996 (RJ 1996, 4348).
- STS 8 febrero 1996 (RJ 1996, 1346).
- STS 23 enero 1996 (RJ 1996, 639).
- STS 22 noviembre 1995 (RJ 1995, 8432).
- STS 8 noviembre 1995 (RJ 1995, 8637).
- STS 31 julio 1995 (RJ 1995, 5923).
- STS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 6978).
- STS 15 noviembre 1994 (RJ 1994, 8836).

- STS 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024).
- STS 26 septiembre 1994 (RJ 1994, 7024).
- STS 2 diciembre 1993 (RJ 1993, 9488).
- STS 18 noviembre 1993 (RJ 1993, 9148).
- STS 18 octubre 1993 (RJ 1993, 7615).
- STS 2 abril 1993 (RJ 1993, 2989).
- STS 8 febrero 1993 (RJ 1993, 690).
- STS 25 noviembre de 1992 (RJ 1992, 9588).
- STS 16 junio 1992 (RJ 1992, 5141).
- STS 31 marzo 1992 (RJ 1992, 2312).
- STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9447).
- STS 25 noviembre 1992 (RJ 1992, 9588).
- STS 19 diciembre 1991 (RJ 1991, 9404).
- STS 5 junio 1989 (RJ 1989, 4298).
- STS 7 julio 1988 (RJ 1988, 5581).
- STS 12 mayo 1988 (RJ 1988, 4087).
- STS 13 noviembre 1985 (RJ 1985, 5607).
- STS 18 noviembre 1983 (RJ 1983, 6488).
- STS 27 mayo 1980 (RJ 1980, 1969).