

El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos

Antoni Vaquer Aloy

Catedrático de Derecho civil. Universitat de Lleida

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

La jurisprudencia española cita con relativa frecuencia el nuevo derecho europeo de contratos como una fuente de la que obtiene ideas para modernizar el derecho privado español, en particular el trasnochado derecho de obligaciones y contratos del Código Civil. Aunque raramente se constituye en *ratio decidendi* de los fallos, nuestros tribunales encuentran la inspiración para acomodar las viejas reglas codiciales a las nuevas necesidades económicas y jurídicas. En el artículo se comentan una serie de sentencias que han recurrido al *Soft Law* europeo para actualizar el derecho contractual español.

Palabras clave: derecho privado europeo - Código Civil - Jurisprudencia española - *Soft law* europeo.

Abstract

Spanish courts often quote European Soft Law as a means for modernizing Spanish private law, in particular the law of obligations as enshrined in the ancient Spanish Civil Code. Even if the Soft Law is not the ratio decidendi of the decisions, courts find there some inspiration to adequate the old rules to the new economic and legal necessities. This essay lists a series of decisions that have resorted to European Soft Law in order to update the Spanish contract law.

Key-words: *European private law – Spanish Civil Code – Spanish case law – European Soft Law.*

1. INTRODUCCIÓN¹

El derecho europeo puede presentarse clasificado en derecho comunitario y *Soft Law*. El derecho comunitario, la legislación emanada de las instituciones de la Unión Europea, en particular por lo que se refiere al derecho privado en forma de Reglamentos y Directivas, es de obligada aplicación por los órganos judiciales españoles, los Reglamentos en tanto que son de aplicación directa y las Directivas en cuanto que deben ser utilizadas como elemento de interpretación del derecho nacional interno. El *Soft Law* europeo no es derecho vigente, sino derecho académico, aunque haya sido auspiciado por las instituciones europeas, cuya pretensión es favorecer la convergencia de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro en una tendencia hacia un nuevo derecho común europeo.

Por ello tiene interés observar la influencia indirecta del derecho europeo en nuestra jurisprudencia, en la medida en que ésta no es forzada, sino fruto de la persuasión y del convencimiento de la calidad del derecho que ejerce su influjo. El *Soft Law* europeo, en particular, ha proporcionado pautas valiosas a la jurisprudencia española en la modernización de aspectos del derecho de obligaciones y del derecho de daños, y otras corrientes internacionales han impregnado, por ejemplo, determinados aspectos del derecho de familia. En este trabajo se van a presentar algunas muestras –en doce materias objeto de diversas sentencias– del uso del *Soft Law* por nuestros jueces y tribunales. Como se verá, el uso no es ocasional, hasta el punto de que la SAP Madrid 31.5.2012 indica que «[e]s habitual también la invocación en la jurisprudencia de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), y su utilización como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil». En este muestreo de sentencias va a hacerse explícito el nombre de los magistrados ponentes en las sentencias del Tribunal Supremo, para visualizar los magistrados más activos en esta europeización jurisprudencial del derecho de obligaciones y contratos español, y se mencionan algunas sentencias de las audiencias provinciales como evidencia de la difusión –con la inestimable ayuda de las nuevas tecnologías, por supuesto– de estos pronunciamientos.

Los instrumentos de *Soft Law* que aparecen citados son los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)², una iniciativa meramente académica, el borrador

1. Este trabajo forma parte de las actividades del proyecto de investigación DER2012-37898-C02-01 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del Grupo Consolidado de la Generalitat de Catalunya 2009SGR689. Se corresponde, con la adición del aparato de notas y de dos casos, con la conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 17 de enero de 2012, debiendo agradecer al profesor José Antonio Martín Pérez su amable invitación.

2. LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.). 2000: *Principles of European contract law*. Parts I and II. The Hague; LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). 2003: *Principles of European Contract Law*. Part III. The Hague-London-New York. Sobre ellos, en castellano, DíEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel. 2002: *Los Principios del Derecho Europeo de*

de Marco Común de Referencia (DCFR)³, una iniciativa de la Comisión Europea pero que no es sino un trabajo académico –aunque su revisión por un Grupo de Expertos nombrado por la Comisión⁴ ha desembocado en una propuesta legislativa–, la propuesta de Reglamento Opcional sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)⁵, por lo que se refiere al derecho de obligaciones y contratos; y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)⁶, otra obra académica, por lo que al derecho de daños concierne. Con una pretensión de ámbito mundial y no solo europeo, los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por Unidroit⁷ también han merecido la atención de nuestros jueces y magistrados. Igualmente tiene su papel la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación⁸, que se

Contratos. Madrid; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. 2003: «Principios de Derecho europeo de los contratos –Comisión Lando–». En Sergio Cámara Lapuente (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid, 193-198; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. 2009: «Los Principios Lando». En Esteve Bosch Capdevila (dir.): *Derecho contractual europeo*. Barcelona, 151-182.

3. VON BAR, Christian y CLIVE, Eric (eds.). 2009: *Draft Common Frame of Reference. Full Edition*. München. Un extenso comentario en castellano a sus libros II, I y IV en Vaquer, Antoni; Sánchez, María Paz; Bosch, Esteve (coords.). 2012: *Derecho europeo de contratos*. Barcelona.

4. La Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 (DOCE L 105/109 de 27.4.2010) constituyó un Grupo de Expertos con la misión de «assist the Commission in preparing a proposal for a Common Frame of Reference in the area of European contract law, including consumer and business contract law, using the Draft Common Frame of Reference as a starting point and taking into consideration other research work conducted in this area as well as the Union acquis. The group should, in particular, help the Commission select those parts of the Draft Common Frame of Reference which are of direct or indirect relevance for contract law, and restructure, revise and supplement the selected contents».

5. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF>. Véase STAUDENMAYER, Dick. 2011: «Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht». *Neue Juristische Wochenschrift*, 3491-34018; GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian. 2012: «El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos». *InDret*, 1; SCHULZE, Reiner (ed.). 2012: *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. München; EIDENMÜLLER, Horst; JANSEN, Nils; KIENINGER, Eva-Maria; WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard: «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», 269-289; ZIMMERMANN, Reinhard. 2012: «Perspektiven des künftigen Österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht». *Juristische Blätter*, 2-22; y los trabajos incluidos en SCHULTE-NÖLKE, Hans; ZOLL, Fryderyk; JANSEN, Nils; SCHULZE, Reiner (eds.). 2012: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. Munich; SCHMID-KESSEL, Martin. 2012: *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*. München; WENDEHORST, C. y ZÖCHLING-JUD, B. (eds.). 2012: *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*. Wien; MAGNUS, Ulrich: «CISG vs. CESL»; y ROBERT, Kocj. 2012: «CISG, CESL, PICC and PECL», ambos en Ulrich Magnus (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. München, 97 ss. y 125 ss.; y los números especiales de las revistas *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2012 y *Archiv für die civilistische Praxis*, 5-6/2012.

6. En castellano, MARTÍN-CASALS, Miquel (coord.). 2008: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Cizur Menor.

7. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. 2010. Roma.

8. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. 2009: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid. Véase también ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.) 2011: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, 15 ss.; JEREZ DELGADO, Carmen y PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. 2011: «The General Codification Commission and the Modernisation of the

inspira en el mencionado *Soft Law* europeo y en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías (CISG), que es derecho vigente en España.

2. CASOS

2.1. La buena fe

Antes se ha destacado la importancia que el *Soft Law* europeo concede al principio de la buena fe y de la honradez en los tratos (art. 1:201 PECL, I.-1:103 DCFR, 2 CESL). Debe notarse, en primer lugar, que el Código Civil de Cataluña ha adoptado esta terminología en su art. 111-7, que, como ya se ha señalado, eleva a la categoría de principio general esta misma expresión de la buena fe y la honradez en los tratos⁹. Pero la jurisprudencia también ha reparado en el juego que puede dar la suma del *Soft Law* al art. 7 CC. Así, aparte de mencionar las fuentes europeas que enfatizan el rol de la buena fe¹⁰, en un sentido más general, la SAP Granada 15.4.2011¹¹ afirma que

[L]as relaciones comerciales deben estar presididas por la buena fe y la lealtad contractual. Estos principios tienen una especial relevancia en las relaciones comerciales duraderas. Si durante un período más o menos largo una determinada relación comercial se desarrolla en los términos relatados, habrá que estar a ellos, debiéndose confiar en que el acreedor actuó con buena fe y lealtad, y esa misma buena fe y lealtad se debe esperar del deudor. En los textos europeos de derecho contractual (PECL, Principios Acquis y DCFR), pensados especialmente para las relaciones entre empresarios y con consumidores, estos principios fundamentales han de cumplirse no solo en el momento de la celebración del contrato sino también durante la ejecución del mismo. También nosotros debemos valorar debidamente la buena fe y la lealtad entre los contratantes hasta la conclusión definitiva del contrato.

La *Verwirkung* o doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos¹² viene siendo aplicada desde hace treinta años por la jurisprudencia española. Se trata de un trasplante legal desde el ordenamiento jurídico alemán que se ha incorporado sin

Spanish Law of Obligations». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 69 y ss.; CHRISTANDL, Gregor. 2012: «Der Spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsregelungen». *European Review of Private Law*, 905-912.

9. EGEA FERNÁNDEZ, Joan. 2012: art. 111-7. En Albert Lamarca Marquès y Antoni Vaquer Aloy (eds.): *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars, prescripció i caducitat*. Barcelona, 224 ss.

10. Como hacen las STS 4.7.2006, Ref. lustel §251502, y 11.7.2006, Ref. lustel §254083, ponente Encarnación Roca Trías.

11. JUR 2011\334596.

12. VAQUER ALOY, Antoni. 1999: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 2: 89 ss.

mayor problema y con gran difusión en el derecho español al amparo del principio general de la buena fe del art. 7 CC. La novedad es que en los últimos tiempos se está invocando el derecho contractual europeo como argumento añadido para la aplicación de esta doctrina. Así, dice la STS 12.12.2011¹³:

En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los arts. 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I.-1:103(2) del DCFR (Draft of Common Frame of Reference), «en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas» (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el § 242 BGB, referido a la buena fe.

2.2. La razonabilidad

El *Soft Law* europeo tiene un especial gusto por los conceptos jurídicos indeterminados y, en particular, por el de razonabilidad¹⁴, al que recurre con frecuencia. No puede sorprender, por ello, que cuando un tribunal español haya decidido sobre si un plazo es o no razonable haya acudido al derecho europeo de contratos. Así, la SAP Pontevedra 23.1.2012¹⁵ dice:

La Sala, a la vista del material aportado al proceso, no encuentra razones para considerar dicho preaviso irrazonable o desleal. Según el art. 1:302 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, «lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal», para lo que habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera. Para juzgar sobre cada uno de estos extremos no se han aportado a la jurisdicción datos de hecho suficientes.

13. Ref. Iustel §344199, ponente Encarnación Roca Trías. El fragmento transcrito se reproduce en la SAP A Coruña 9.3.2012, JUR 2012\114103, y en la SAP Granada 8.6.2012, JUR 2012\328971.

14. TROIANO, Stefano, 2007: «Das Konzept der "Reasonableness" als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems». En Reiner Schulze (ed.): *New Features in Contract Law*. München, 375 ss. y 2009: «To what extent can the notion of "Reasonableness" help to armonize european contract law? Problems and prospects from a civil law perspective». *European Review of Private Law*, 749 ss.

15. Ref. Iustel §2046423.

2.3. La conclusión del contrato

Es sabido que los textos del *Soft Law* europeo facilitan la conclusión del contrato al exigir menos requisitos y bastar con que esté manifiesta la voluntad de las partes de quedar vinculadas. La SAP Asturias 28.2.2012¹⁶ tuvo que resolver sobre la vigencia de un contrato de patrocinio entre el Gobierno de Asturias y el club de fútbol Real Oviedo SAD. La Sala tiene en cuenta las comunicaciones cruzadas entre las partes, el respeto a los compromisos publicitarios y la entrega de un determinado número de entradas para que fueran repartidas por el Gobierno entre determinadas instituciones más allá del plazo de vigencia originalmente pactado, cuya prórroga cabía de acuerdo con el contrato. De ahí deduce la Sala la vigencia prorrogada del contrato y remata la argumentación de este modo:

Resulta una referencia de utilidad el criterio expresado por el moderno Proyecto de Marco Común de Referencia elaborado por la Comisión Europea para lograr una unificación del derecho privado europeo, cuando en su art. 4:102 [del Libro II] dispone que «La intención de una parte de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico se determina por medio de las declaraciones o conductas de esa parte, cuando hubiesen sido razonablemente interpretadas por la otra».

2.4. La pena convencional

El *Soft Law* europeo¹⁷ ha sido uno de los argumentos utilizados con el fin de afirmar la moderabilidad de la pena pactada incluso en los supuestos en que esta se haya pactado con el carácter de inmoderable. Se trata de la STS 5.10.2010¹⁸ que, aunque finalmente no modera la pena estipulada al entender que no concurren los requisitos para ello, sí acepta que, en principio, toda pena convencional puede ser moderada por el juez, con la siguiente argumentación: «Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que

La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad

16. AC 2012\713.

17. Véase ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. 2012: «La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español». En María del Carmen Gómez Laplaza (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*. Madrid, 127-140.

18. Ref. Iustel §305964, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter «inmoderable»: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido», y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando».

La influencia es doble, ya que la PMCC bebe también de los PECL.

2.5. La imposibilidad de la prestación

Una sentencia recurre al *Soft Law* europeo para argumentar que no necesariamente la imposibilidad inicial de la prestación debe determinar la nulidad del contrato, como en la doctrina ya había defendido Díez-Picazo¹⁹. Se trata de la SAP Lleida 13.9.2007²⁰, que razona que la doctrina jurídica ha ido evolucionando en cuanto a la configuración de las consecuencias jurídicas que derivan de la imposibilidad inicial de la prestación, equiparándolas al régimen jurídico de la imposibilidad sobrevenida, de modo que no daría lugar sino, en su caso, a la resolución del contrato. Y sigue: «La millor expressió d'aquesta nova tendència l'ofereixen els Principis de Dret Contractual Europeu, que estableixen al seu Art. 4:102 [...], d'acord amb el qual un contracte no és invàlid només perquè al temps de la seva conclusió la prestació era impossible; similarmet s'expressa l' Art. 3.3 dels Principis UNIDROIT».

2.6. La resolución del contrato

La resolución del contrato es uno de los campos en que con mayor frecuencia se invoca el *Soft Law* europeo. En realidad, todo el ámbito del incumplimiento ha sufrido una actualización jurisprudencial de la mano del nuevo derecho europeo de contratos²¹. Se ha señalado antes que el derecho contractual europeo, siguiendo la

19. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. 2006: «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación». En Juan Manuel Abril y M.ª Eulalia Amat (coords.): *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*. Valencia: 1087 ss.

20. JUR 2007\335298.

21. Véase CLEMENTE MEORO, Mario E. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación española». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2131, mayo; GÓMEZ CALLE, Esther. 2012: «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 de Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil*, 31 ss.; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y

estela trazada ya por la CISG, ha optado decididamente por un concepto unitario de incumplimiento, que abarca todas las formas posibles de no realización de la prestación diseñada por las partes, y que es ajena a toda idea de imputación subjetiva. El primer supuesto de incumplimiento resolutorio lo constituye el incumplimiento esencial del contrato. La idea del incumplimiento esencial ya proviene de la CISG y ha sido asumida por los Principios de Derecho Contractual Europeo, los Principios Unidroit, luego el borrador de Marco Común de Referencia y por último la propuesta de Reglamento sobre un derecho común de la compraventa. La CISG exige, como ya lo hacía su antecedente el art. 43 el Derecho Uniforme de la Compraventa Internacional (ULIS), en su art. 49.1(a) que el incumplimiento sea esencial («fundamental breach of contract»). La noción de incumplimiento esencial se halla en el art. 25 CISG: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». La razón de la exigencia de la esencialidad del incumplimiento radica en la idea antes expresada de la conservación del negocio: la ineficacia debe ser la última solución, por lo que no cualquier incumplimiento debe conducir a ese resultado. Se requiere, pues, que haya incumplimiento del deudor y que ese incumplimiento ocasione un perjuicio a la otra parte, como consecuencia de que esa parte queda privada con carácter fundamental de sus legítimas expectativas derivadas del contrato. Los Principios de Derecho Contractual Europeo amplían el concepto del incumplimiento esencial, incluyendo en él al incumplimiento doloso o intencional, pero manteniendo la base de la CISG. En concreto, dispone su art. 8:103 que el incumplimiento es esencial «(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato; (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». La redacción en términos alternativos denota que son tres los casos de incumplimiento esencial, y el perjuicio de la parte contractual solo se exige expresamente en la letra (b), de algún modo asumiendo que dicho perjuicio está implícito en el hecho de no cumplir estrictamente con lo pactado cuando ello era esencial en el contrato y en el incumplimiento doloso.

Los Principios Unidroit siguen la misma orientación exigiendo un incumplimiento esencial, que se contorna en el art. 7.3.1(2), conforme al cual es esencial el

contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?». *Anuario de Derecho Civil*, 1685 ss.; FENOY PICÓN, Nieves. 2011: «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*, 1481 ss.

incumplimiento cuando: «(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation of performance if the contract is terminated».

Los supuestos, aparentemente más detallados, son básicamente los mismos: se añade la culpa lata o temeridad, se incluye el incumplimiento anticipado como modalidad de incumplimiento esencial, y se contemplan los costos excesivos para la parte incumplidora de preparar el cumplimiento si el acreedor acabara optando, en ejercicio de su *ius variandi*, por la resolución. En cuanto a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento que el precepto exige, se señala que su relevancia práctica es escasa, por cuanto debe adoptarse un test objetivo, lo que convertirá en realmente difícil probar la imprevisibilidad. El borrador de Marco Común de Referencia hace una síntesis de los anteriores textos y sistematiza la esencialidad del incumplimiento en dos supuestos, que son que el incumplimiento

(a) substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on» (art. III.-3: 502(2)).

En efecto, en la letra (a) recoge la privación de las legítimas expectativas contractuales que fueran previsibles, y en la letra (b) el incumplimiento intencional o por culpa grave y la creencia razonable de que el deudor no cumplirá su obligación. Se excluye de la categoría del incumplimiento esencial el supuesto de que el exacto cumplimiento fuera fundamental para el contrato. El razonamiento de los comentarios oficiales es el siguiente: «This left it open to a court to treat an obligation “as of the essence”, so any failure to perform it would give the other party the right to terminate the contractual relationship, even if the non-performance had no serious consequences for the other party»²². Tres elementos destacan en esta aproximación a la noción de incumplimiento esencial: las expectativas del acreedor, lo que depende de las circunstancias y de los términos del contrato; que el incumplimiento frustre sustancialmente esas expectativas, lo que nuevamente depende de las circunstancias del caso; y, por último, la

22. *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. III.-3:502, p. 583.

previsibilidad para el deudor de ese resultado²³. Por consiguiente, si se pretendía limitar más que en los PECL la posibilidad de la resolución del contrato eliminando de los supuestos de incumplimiento el caso de que el cumplimiento exacto fuera fundamental, lo cierto es que la remisión a las circunstancias del caso sigue dejando un amplio arbitrio al juez para estimar si la resolución es o no procedente. Finalmente, la propuesta de Reglamento de un derecho común de la compraventa no se aparta de esta línea, aunque su sistemática es más compleja. El art. 114.1 faculta al comprador y el art. 134 al vendedor para resolver el contrato siempre que el incumplimiento sea esencial de acuerdo con el art. 87.2. Según este precepto,

[u]n incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si: (a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora.

Desaparece la mención expresa de la noción el incumplimiento doloso o por culpa grave, si bien puede entenderse implícito en el concepto de que no se puede confiar ya en que la otra parte cumpla su prestación, con lo que el énfasis se sitúa en la privación de las legítimas expectativas que la otra parte hubiera por lo menos debido prever. Así, el incumplimiento será esencial y permitirá sin más la resolución en los casos en que las partes hayan fijado un momento concreto para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento está regulada en el Código civil dentro de la regulación de las obligaciones condicionales, a diferencia del derecho europeo, que regula también de manera conjunta todos los remedios ante el incumplimiento. Además, hubo una época en que la jurisprudencia invocaba una «voluntad rebelde al cumplimiento» por parte del deudor, lo que es palmario que ligaba el incumplimiento y, por tanto, la facultad resolutoria, si no con la intención, sí por lo menos con la culpa del deudor.

Estas ideas han encontrado reflejo temprano en la jurisprudencia del TS. Y de ahí han pasado a la jurisprudencia menor; por ejemplo, en la SAP Madrid 31.5.2012²⁴, cuando señala que

El artículo 8:103 PECL contempla como supuestos de incumplimiento esencial, «el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento

23. *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. III.-3:502, pp. 583-585.

24. JUR 2012\278849. Véase también, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 13.4.2012, JUR 2012\300982.

intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento».

De tal doctrina se ha hecho eco también esta Sección de la Audiencia Provincial, y así en reciente Sentencia de 27 de mayo de 2011, exponíamos que

únicamente el incumplimiento propio o relevante del contrato permite la resolución del mismo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, ya que un mero cumplimiento defectuoso del contrato autorizará, en su caso, a solicitar la indemnización de daños y perjuicios con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, pero no permitirá dar por resuelta la relación contractual (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, de 12 de junio de 1998, de 14 de julio, de 17 de febrero, de 21 de marzo de 2003 y de 20 de diciembre de 2006, entre otras muchas).

Conviene hacer énfasis en el incumplimiento intencional, que no está previsto directamente en el art. 1124 CC, pero que la jurisprudencia entiende que está comprendido en él. Así, la STS 10.10.2005²⁵:

Un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 25 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que «dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código Civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada, es decir, Danzas, SA de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo.

En cuanto al remedio de la resolución, la jurisprudencia ya ha echado mano del *Soft Law* y de la CISG antes referenciados para interpretar el art. 1124 CC con tintes actuales. Valga como muestra la STS 3.12.2008²⁶:

La jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como «voluntad deliberadamente rebelde del deudor», sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, «sin que

25. Ref. Iustel §244762, ponente Encarnación Roca Trías, transcrita entre otras por la SAP A Coruña 28.4.2006, JUR 2006\162426.

26. Ref. Iustel §286968. Transcrita, entre otras muchas, por la SAP Valencia, sec. 8.ª, 8.5.2012, JUR 2012\249389, A Coruña 12.9.2012, JUR 2011\346461, o Jaén 29.12.2011, JUR 2012\68181.

sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS 18 octubre 2004, 3 marzo 2005 y 20 septiembre y 31 octubre 2006, entre otras).

Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien,

si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra! Este principio se repite en el art. 8.101(1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8:103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.

Por su parte, la STS 4.10.2011²⁷ razona lo siguiente:

A tenor de la jurisprudencia más reciente (SSTS de 2 de febrero de 2005, 9 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009), la estrecha conexión existente entre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) y el precepto que regula su ejercicio por el vendedor en supuestos de compraventa de inmuebles por precio aplazado (artículo 1504 CC), impone que el incumplimiento del comprador que constituye su presupuesto sea grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, con cita de las de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (art. 7.3.1 [2.b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al vendedor, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (artículo 1500 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

27. Ref. Iustel §342768, siendo ponente de la sentencia Juan Antonio Xiol Ríos. Véanse también las SsTS 14.11.2011, Ref. Iustel §340437 y 28.6.2012, Ref. Iustel §351587, con el mismo ponente.

Por último, puede citarse la STS 16.5.2012²⁸:

Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde», exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual

el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

La PMCC sigue esta senda. Por un lado, aboga por abandonar la sistemática del vigente Código Civil a favor de la que sigue el nuevo derecho contractual europeo; por otro, en su art. 1199 indica que cada parte podrá resolver el contrato cuando la otra parte haya incurrido en un incumplimiento que, «atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». Sin embargo, no se define qué es incumplimiento esencial. La doctrina se ha mostrado disconforme con esta omisión. Podría también señalarse como objeción la redacción empleando el posesivo «su», que por su ubicación parece acompañar a incumplimiento, cuando es evidente que se refiere a «contrato».

Por otra parte, la resolución unilateral extrajudicial, pese a no estar expresamente contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido aceptada por la jurisprudencia con el argumento del derecho europeo. Así se ha pronunciado la SAP Granada 31.3.2011²⁹:

28. Ref. Iustel §348738, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

29. JUR 2011\227794.

En el Derecho contractual moderno se contempla expresamente la resolución extra-judicial unilateral (art. 26 CISG, art. 7.3.2 Principios «Unidroit», art. 9:303 PECL y art. III.-3:507 DCFR), incluso aparece recogida en el artículo 1199-2 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, de 2009, según el cual «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte».

Finalmente, las partes pueden conceder efecto resolutorio a un incumplimiento que no sea esencial en el ejercicio de su libertad de pacto. Así lo ha reconocido la STSJ Navarra 21.1.2010³⁰, con apoyo en la cita de los PECL:

La cláusula 6.^a tiene la virtualidad de atribuir carácter esencial, y consiguientemente efecto resolutorio, al incumplimiento de una obligación que, sin tal específica previsión, acaso no facultaría al comprador para desvincularse del contrato e instar su resolución, sino solo para instar el cumplimiento exacto del contrato con la instalación de la valla en la forma convenida o solicitar una indemnización por la superficie de terreno detraída por el vallado infractor y los demás perjuicios eventualmente sufridos. La reserva al comprador del derecho a la devolución del dinero entregado (12.000 euros) por la inejecución de aquella específica obligación cumple dicha función, al facultar al comprador para la recuperación del precio pagado, inherente a la resolución, según doctrina jurisprudencial reiterada (ss. 11 de febrero de 2003 y 27 de octubre de 2005, del Tribunal Supremo) y de común aceptación en los ordenamientos de nuestro entorno (cfr. art. 9.307 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos o PECL).

2.7. El cumplimiento forzoso de la obligación

El cumplimiento forzoso de la obligación es un remedio hondamente arraigado en el derecho español para el que no haría falta acudir a fuentes del *Soft Law*, en el que su importancia resulta de la comparación con las restricciones que habitualmente ha venido sufriendo en el *common law*. Sin embargo, en determinados aspectos sí que puede resultar útil tener en cuenta el derecho europeo por cuanto establece algunas restricciones a la ejecución forzosa cuando resulta irrazonable solicitarla. Un caso sería el del ejercicio intempestivo de la facultad de exigir el cumplimiento, y a ello se ha referido el TSJ de Navarra en su sentencia de 6.10.2003³¹:

Constituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una

30. RJ 2010\3890.

31. RJ 2003\8687.

obligación contractual se ejercite tempestivamente en un «tiempo razonable», a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada.

Habían transcurrido cinco años sin solicitar el otorgamiento forzoso de la escritura pública.

2.8. La responsabilidad solidaria de los obligados al pago

La presunción contraria a la responsabilidad solidaria que se contiene en el art. 1137 CC ha sido superada por el Tribunal Supremo, primero en la responsabilidad extracontractual, como es sobradamente conocido, y luego en distintos ámbitos de la responsabilidad contractual. La STS 31.10.2005³² es explícita e invoca en su apoyo los PECL:

La rígida norma del artículo 1137 Código civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (sentencias de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina «el acervo comercial de la Unión Europea», en la que el artículo 10: 102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha considerado que la responsabilidad de los mayoristas y los minoristas en los viajes combinados es solidaria. Para ello, y en ausencia de norma expresa en el ordenamiento interno, se basa en el derecho europeo. Así, se argumenta que la solidaridad protege al consumidor de manera más intensa, lo que es la razón de la propia Directiva 90/314/CEE de viajes combinados, que la norma en el TRLGDCU es la responsabilidad solidaria de quienes han causado el daño y, además, que las reglas del borrador de Marco Común de Referencia se orientan en ese sentido, pues en el artículo III.-4:103 (2) dice que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir

32. Ref. Iustel §245246, ponente Encarnación Roca Trías. Transcrita, por ejemplo, por las SSAP Cádiz 30.11.2006, JUR 2007\194487, Asturias 27.6.2008, JUR 2009\95964, o Lleida 2.2.2011, JUR 2011\147713.

la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño³³.

Sin embargo, con la trascripción de este razonamiento como principal argumento, la responsabilidad solidaria de los obligados al pago se ha extendido a ámbitos que poco tienen que ver ni con los viajes combinados ni tan solo con la responsabilidad. Así, la SAP Málaga 14.4.2011³⁴ considera que los copropietarios de un piso están obligados solidariamente al pago de las cuotas comunitarias en atención a la orientación del Tribunal Supremo favorable a la reinterpretación de la no presunción de solidaridad.

2.9. La compensación

En tema de compensación, la regulación de los PECL ha sido invocada a favor de la compensabilidad judicial de las diversas deudas existentes entre las partes. Lo ha hecho la STS 5.1.2007³⁵:

Además y como afirma la sentencia ahora recurrida, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, «la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento» de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (artículo 13:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos), cosa que no ha sucedido en el presente litigio.

2.10. La culpa

Para delimitar la noción de culpa, la jurisprudencia ha recurrido a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Lo ha hecho, por ejemplo, la AP Barcelona para afinar la susceptibilidad de culpa de unos menores de edad que manipularon los frenos de una bicicleta con un resultado fatal, bajo la rúbrica de «imputación objetiva del daño», cuestión que se aborda en el siguiente subapartado. Dice así la SAP

33. STS 20.1.2009, Ref. Iustel §298116, siendo la ponente Encarnación Roca Trías. Estos argumentos son seguidos, por ejemplo, en las SAP Pontevedra 21.10.2010, AC 2011\28, Madrid, sec. 13, 3.6.2011, AC 2011\1361 o Sevilla 1.3.2011, JUR 2011\217470.

34. JUR 2011\341989.

35. Ref. Iustel §259416, ponente Encarnación Roca Trías.

Barcelona, sec. 16, 19.1.2012³⁶: «No es ocioso reseñar que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil (PETL) atribuyen responsabilidad civil con base en la culpa a todo el que viola “el estándar de conducta exigible”, entendiendo por tal el canon de actuación exigible a “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” del agente, cuyo estándar puede adaptarse en función de la edad de este último».

2.11. Un supuesto especial de responsabilidad: los daños causados por especies cinegéticas

Es bien sabido que la regulación de los accidentes de circulación causados por atropello de especies cinegéticas ha creado algunas dificultades de interpretación sobre cuándo la víctima del daño tiene derecho a ser indemnizado y ante quién debe reclamar. Con ocasión de la Modificación del Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, realizada por Ley 19/2001, de 19 de diciembre, se introdujo en el texto una Disposición Adicional Sexta, que disponía lo siguiente:

En accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, será causa legal que permita atribuir la responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación el hecho de que se le pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa suficiente de los daños ocasionados, ello sin perjuicio de la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente.

Posteriormente se dio una nueva redacción a esta DA con motivo de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se Regula el Permiso y la Licencia de Conducción por Puntos y se Modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en forma de una nueva Disposición Adicional Novena sobre «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas», con el siguiente contenido:

En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción

36. JUR 2012\92111. Véase la sentencia de la misma sala de 25.7.2012, JUR 2012\293975, con el mismo argumento.

de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización.

Pues bien, la jurisprudencia menor también ha recurrido a los PETL para encontrar criterios que ayuden a resolver las cuestiones que se plantean. Así, la SAP Barcelona, sec. 16, 9.7.2009³⁷ efectúa el siguiente razonamiento: «Se diría que el legislador ha pasado a considerar que en la hipótesis que nos ocupa (atropello de especie cinegética, de tal manera que en los restantes casos pervive la responsabilidad objetiva ex art. 33 LC) concurren sendas actividades, circulatoria y cinegética, creadoras de riesgos de similar entidad (“una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio”, reza el artículo 5:101 de los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil, PETL, que abre el capítulo dedicado a la responsabilidad objetiva), por lo que cree preferible neutralizarlas, prescindiendo de los criterios de imputación objetiva del daño propio de cada una de ellas, decantándose por un regreso a los criterios clásicos de responsabilidad por culpa, salvo que el atropello guarde relación directa con “la acción de cazar”, no con la mera titularidad de un aprovechamiento cinegético. Ello significa que el propietario de un vehículo de motor o el propietario de un animal salvaje que sufra un perjuicio patrimonial o corporal a causa de un hecho lesivo muy específico (atropello de una especie cinegética), solo obtendrá la reparación del daño acreditando la culpa de quien reputa responsable del mismo, o lo que es lo mismo, la “violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”» por emplear términos del art. 4:101 PETL. Corolario de lo anterior es que –como se verá de inmediato– pueda ser desestimada una acción reparatoria por falta de acreditación de culpa del demandado aunque tampoco se demuestre culpa relevante del propio perjudicado». Es decir, y por contraposición al caso referido en el subapartado anterior, el razonamiento con la PETL conduce a que no todo daño sufrido es indemnizable.

2.12. La revocación por ingratitud de la donación

El Tribunal Supremo ha recurrido al borrador de Marco Común de Referencia para encontrar una interpretación de la causa de revocación de la donación consistente en la ingratitud del donatario. Hay que tener en cuenta que con frecuencia el *Soft Law* europeo recurre a conceptos abiertos que deben ser objeto de concreción por el juez en el caso que le ocupa. Así sucede con la regulación de la revocación por

37. JUR 2009\417879.

ingratitude en el borrador de Marco Común de Referencia. La ingratitude viene determinada por la comisión de una ofensa intencional grave al donante. No se define más, con lo que deja un amplio margen de discreción al juez para apreciar si el hecho es suficientemente relevante como para constituir causa de revocación, pero se apuntan el homicidio u otro delito que implique lesiones importantes a la salud del donante. Con todo, el acto no tiene que ser necesariamente constitutivo de delito ni haber sido condenado el donatario, pero sí ser grave. A pesar de que la *black letter rule* solo parece contemplar la ofensa contra el donante, en los comentarios oficiales se admite que el acto pudiera atentar contra los parientes más próximos de aquél. El acto del donatario –sea como autor único, sea como coautor o partícipe de cualquier modo– debe ser intencional, no bastando la temeridad. Y debe suponer una ofensa o agravio; según los comentarios, si el donatario ayuda a morir al donante a petición de éste, no incurriría en causa de revocación. A diferencia del borrador de Marco Común de Referencia³⁸, el Código Civil enumera de manera más detallista las causas de revocación, lo que provoca que si bien todos los supuestos del Código Civil encontrarían cabida en la fórmula más flexible del DCFR, podría no suceder lo mismo a la inversa, ya que podrían darse ofensas graves que no encajaran perfectamente en el elenco de causas de ingratitude del Código Civil. La STS 13.5.2010³⁹ precisamente aborda esta cuestión al analizar cómo debe interpretarse el término «imputar» del art. 648 CC. El requisito que se exige en el artículo 648.2.º CC para poder revocar la donación es que el donatario impute un delito al donante. En aras de su interpretación estricta, en un caso en que se declaró la nulidad de la personación de la donataria, en el sentido de que la imputación de delito «significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo», tomando en consideración precisamente este artículo del DCFR como argumento clave en su argumentación jurídica.

3. CONCLUSIONES

Jan Smits ha señalado que los tribunales pueden utilizar el derecho comparado como una fuente de nuevas ideas para encontrar una solución a un determinado problema jurídico, lo que sería una especie de inspiración comparada o de conocimiento de cómo se soluciona ese mismo problema en otro ordenamiento jurídico. Pero también pueden utilizarlo como argumento normativo, con lo que ese ordenamiento

38. VAQUER ALOY, Antoni. 2012: *La donación en España y en Europa*. Madrid, 154 ss.

39. Ref. Iustel §300857, de la que fue ponente la magistrada Encarnación Roca Trías.

extranjero juega un papel en la concreta solución que se otorga al caso en cuestión, aunque no sea el único factor del fallo⁴⁰.

Específicamente en relación con la invocación del nuevo derecho contractual europeo por el Tribunal Supremo, Roca Trías y Fernández Gregoraci⁴¹ apuntan que un primer servicio que presta es el refuerzo de una determinada interpretación del derecho vigente, y ponen como ejemplo el que se ha reportado en el caso 8, es decir, la responsabilidad solidaria de los coobligados; podría decirse que el derecho europeo se corresponde con el criterio hermenéutico de la «realidad social del tiempo» en que debe aplicarse la norma (art. 3.1 CC), como se ha dicho en la STS 31.10.2006⁴²:

El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.

El objetivo sería encontrar en el *Soft Law* un argumento de autoridad que refuerce la opción interpretativa que ya había tomado el Tribunal Supremo. En otros casos, señalan nuestras autoras, de lo que se trata es de integrar una laguna legal en el ordenamiento español. Ejemplo de ello sería el límite a la compensación de deudas en la ausencia de perjuicio que ha ocupado el caso 9. Finalmente, un tercer uso sería como herramienta para explicar conceptos jurídicos, y el ejemplo lo constituirían las sentencias relacionadas con la buena fe que han constituido el objeto del caso 1.

Por su parte, Perales Viscasillas⁴³ señala los siguientes usos del *Soft Law* europeo por la jurisprudencia española: a) para sustentar o apoyar la interpretación judicial en torno a alguna institución jurídica que si bien no está recogida en el Código Civil o en el Código de Comercio sí está amparada por la jurisprudencia, como las sentencias antes mencionadas en materia de responsabilidad solidaria de los coobligados en el caso

40. SMITS, Jan M. 2006: «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems». En Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford.

41. ROCA TRÍAS, Encarnación y FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court». *European Review of Contract Law*, 57-58. Véase, además, FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz. 2009: «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». *Revista jurídica de Catalunya*, 479-498; VENDRELL CERVANTES, Carles, 2008: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 534-548.

42. Ref. Iustel §256542, ponente Juan Antonio Xiol Ríos.

43. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. 2009: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo». En María del Rosario Díaz Romero *et al.* (eds.): *Derecho privado europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*. Cizur Menor, 472 ss.

8; b) para confirmar principios o reglas generales contenidos en el Código Civil, Código de Comercio o leyes especiales, como se ha visto en el caso de la buena fe (caso 1); c) para confirmar o apoyar a la doctrina jurídica, constituyendo el ejemplo la SAP Lleida citada en el caso 5 relativa a la imposibilidad de la prestación; d) para integrar las lagunas del Código Civil, como algunos supuestos de incumplimientos resolutorios que se han analizado sucintamente en el caso 6.

Cualquiera de las anteriores clasificaciones es válida y, lo que es más importante, confirma que es cierto que hay un uso creciente no anecdótico del *Soft Law* europeo. Pero no es menos cierto que la influencia se reduce a campos muy concretos del derecho de obligaciones y contratos. Seguramente es en el campo del incumplimiento resolutorio donde más se han aprovechado las potencialidades del *Soft Law* europeo, postergando viejos conceptos como la voluntad rebelde al cumplimiento, así como en la responsabilidad extracontractual, aunque este es un ámbito en que sin duda la jurisprudencia viene jugando desde hace años un papel muy creativo en atención al anquilosamiento del Código Civil. En general, pues, la influencia es modesta, aunque con tendencia a incrementarse, y a nivel del Tribunal Supremo no todos los magistrados se muestran tan proclives a hallar inspiración para modernizar el derecho de obligaciones y contratos contenido en el Código Civil. En muchas ocasiones la cita del derecho contractual europeo es de mero ornamento, un argumento *ex abundantia*, como reconocimiento, quizá, a la importancia que está adquiriendo no solo a nivel doctrinal en toda Europa. Con todo, ha abierto ya un número de nuevos temas que, a modo de cuñas, pueden ir trazando nuevas sendas por las que penetre una brisa renovadora en nuestro derecho de obligaciones y contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.) 2011: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, 15 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. 2012: «La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español». En M.^a C. Gómez Laplaza (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil, Principios europeos y Draft*. Madrid.
- CLEMENTE MEORO, M. E. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2131, mayo.
- CHRISTAN, G. 2012: «Der Spanische Schuldrechts modernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsrechtsregelungen». *European Review of Private Law*.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M. 2002: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. 2006: «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación». En J. M. Abril y M.^a E. Amat (coords.): *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*. Valencia.

- EGEA FERNÁNDEZ, J. 2012: «Art. 111-7». En A. Lamarca Marquès y A. Vaquer Aloy (eds.): *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars, prescripció i caducitat*. Barcelona.
- FENOY PICÓN, N. 2011: «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B. 2009: «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». *Revista jurídica de Catalunya*.
- GÓMEZ CALLE, E. 2012: «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 de Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil*.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. 2012: «El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos». *In Dret* 1/2012.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. 2009: «Los Principios Lando». En E. Bosch Capdevila (dir.): *Derecho contractual europeo*. Barcelona.
- JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCÍA, M. J. 2011: «The General Codification Commission and the Modernisation of the Spanish Law of Obligations». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- KOCJ, R. 2012: «CISG, CESL, PICC and pecl». En U. Magnus (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. Munich.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.) 2000: *Principles of European contract law*. Parts I and II, The Hague.
- LANDO, O.; CLIVE, E.; PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R. (eds.). 2003: *Principles of European Contract Law, Part III*. The Hague-London-New York.
- MAGNUS, U. 2012: «CISG vs. CESL». En Magnus, U. (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. Munich.
- MARTÍN-CASALS, M. (coord.) 2008: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Cizur Menor.
- MARTÍNEZ SANZ, F. 2003: «Principios de Derecho europeo de los contratos –Comisión Lando–». En Cámara Lapuente, S. (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a P., 2009: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo». En Díaz Romero, M. R. et al. (eds.): *Derecho privado europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*. Cizur Menor.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?». *Anuario de Derecho Civil*.
- SCHMID-KESSEL, M. 2012: *Eine einheitliches europäisches Kaufrecht*. Munich.
- WENDEHORST, C. y ZÖCHLING-JUD, B. (eds.) 2012: *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*. Wien.
- SCHULTE-NÖLKE, H.; ZOLL, F.; JANSEN, N.; SCHULZE, R. (eds.) 2012: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. Munich.
- SCHULZE, R. (ed.) 2012: *Common European Sales Law (CESL)-Commentary*. München.
- SMITS, J. M. 2006: «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems». En Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford.
- STAUDENMAYER, D. 2011: «Der Kommissions vorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht». *Neue Juristische Wochenschrift*.

- TROIANO, S. 2007: «Das Konzept der “Reasonableness” als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems». En R. Schulze (ed.): *New Features in Contract Law*. München.
- TROIANO, S. 2009: «To what extent can the notion of “Reasonableness” help to armonize european contract law? Problems and prospects from a civil law perspective». *European Review of Private Law*.
- VENDRELL CERVANTES, C. 2008: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMERCIAL CONTRACTS. 2010. Roma.
- VAQUER ALOY, A. 1999: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 2.
- VAQUER, A.; SÁNCHEZ, M.ª P.; BOSCH, E. (coords.) 2012: *Derecho europeo de contratos*. Barcelona.
- VAQUER ALOY, A. 2012: *La donación en España y en Europa*. Madrid.
- VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.) 2009: *Draft Common Frame of Reference. Full Edition*. Munich.
- ZIMMERMANN, R. 2012: «Perspektiven des künftigen Österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungs vor schlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht». *Juristische Blätter*.