

El incumplimiento contractual en Derecho español

Fernando Gómez Pomar

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

Una de las tareas más urgentes para aquellos que se dedican académicamente al Derecho Privado en España es la reelaboración de la teoría del contrato y del régimen jurídico contractual. En el presente trabajo se presentan algunas consideraciones preliminares sobre las nociones básicas del incumplimiento contractual y sus consecuencias jurídicas en Derecho español, enfatizando en una visión funcionalista del contrato –esto es, orientada a las consecuencias sobre la conducta de los contratantes– algunas dimensiones del análisis. En primer lugar, la centralidad del contrato como organizador de la cooperación entre los contratantes y la instrumentalidad del régimen tradicional del incumplimiento de la obligación. Y, dentro del régimen legal del contrato, los remedios jurídicos de reacción frente al incumplimiento como aspecto nuclear que crea los incentivos principales para las decisiones contractuales básicas de los contratantes. En segundo lugar, dar razón de la importante tarea de construcción jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo sobre la base del disperso material de partida que proporciona el Código Civil. Por último, hacerme eco de la presencia, en la práctica contractual española de los últimos años, de herramientas y formas contractuales propias del Derecho del Common Law, en particular, de las cláusulas de manifestaciones y garantías que acompañan cualquier contrato –de cierta importancia– de adquisición de empresa realizado en España.

The re-construction of Contract Theory and of the legal regime of contractual relationships is one of the most urgent tasks for Private Law in Spain. This paper presents some preliminary observations about the basic structure of breach of contract and its legal consequences in Spanish Law, based on a functional view of contract – hence focusing on the consequences upon the contracting parties' behavior – that emphasizes some dimensions of the analysis. First, that contracts should be conceived as a key instrument of cooperation among the contracting parties as economic agents, and that the traditional regime of breach of the parties' obligations is merely instrumental. Inside Contract law, the available remedies for breach of contract are the core feature creating the main incentives for the essential choices open to the contracting parties. Second, it tries to present the important contributions of the Spanish Supreme Court in systematizing the scattered normative material provided by the Civil Code. Finally, some reflections on the recent import of Common Law legal notions and contractual practices in Spanish Law, most notably the representations and warranties clauses that are currently part of almost every significant corporate acquisition in Spain

Title: Breach of Contract in Spanish Law

Keywords: Contract Law; Breach of Contract; Contract Remedies; Law and Economics

* Desearía agradecer los comentarios y sugerencias de Jesús ALFARO, Antonio Manuel MORALES, Fernando PANTALEÓN y Pablo SALVADOR, que amablemente leyeron un borrador de este trabajo. La responsabilidad por los errores que resten es, desde luego, tan sólo mía. Igualmente agradezco la ayuda del Ministerio de Educación y Ciencia en el proyecto SEJ2004 -05059/JUR.

Sumario

1. **Introducción: el contrato como realidad sustantiva del Derecho patrimonial**
2. **Noción básica de incumplimiento de contrato en el régimen contractual español**
3. **Los remedios frente al incumplimiento**
 - 3.1. **Cumplimiento forzoso o cumplimiento en forma específica (*Specific performance*)**
 - 3.2. **Indemnización de daños y perjuicios**
 - 3.3. **Las cláusulas penales**
 - 3.4. **La resolución por incumplimiento**
4. **La influencia de la práctica angloamericana: manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas y remedios frente al incumplimiento**
5. **Tabla de sentencias citadas**
6. **Bibliografía**

1. *Introducción: el contrato como realidad sustantiva del Derecho patrimonial*

No creo equivocarme en exceso al pensar que una de las tareas más urgentes para quienes nos dedicamos académicamente al Derecho privado en España es la reelaboración de la teoría del contrato y del régimen jurídico contractual español. En otros sectores claves del Derecho privado de cualquier sociedad desarrollada, como puede ser el de las sociedades mercantiles, o el de la responsabilidad extracontractual, la reconstrucción sobre bases más acordes con la evolución económica y social (y del conocimiento que de ellas poseemos hoy) y más en sintonía con los sistemas jurídicos con mayor peso específico y reputación intelectual, se halla ya en marcha¹, aunque acaso no pueda darse por descontada la culminación y aceptación generales de tales esfuerzos de reconstrucción. Si bien algunos juristas preferirían, acaso, seguir viviendo de espaldas a la evidencia, existe ya una cuantiosa literatura empírica que acredita que el entramado institucional de una sociedad es un determinante fundamental de su progreso². Y que dentro de aquél, las normas jurídicas, y las instituciones que las aplican, son difícilmente sustituibles. El Estado de Derecho y el sometimiento de los poderes públicos a la Ley, la independencia y la eficacia de la Judicatura, la protección de la propiedad y de la libertad contractual se consideran hoy por los economistas los factores esenciales de la prosperidad –también de la libertad, podríamos añadir– de las sociedades. Uno de los mejores servicios que los privatistas podemos prestar, entonces, me parece que es el de ofrecer una teoría del contrato que permita el funcionamiento eficiente de los mercados y las transacciones a través de las cuales los individuos y las empresas interaccionan y obtienen la satisfacción de sus intereses y de sus preferencias.

La visión aún dominante entre nosotros sobre el papel del contrato sigue siendo, no obstante, relativamente subordinada. Acaso demasiado respetuosos con un Código civil que ve la propiedad y la obligación, pero no el contrato, como el centro del Derecho patrimonial, la reconstrucción teórica del Derecho de contratos se hace depender de su papel de fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1091 CC). Siempre admiradores de los conceptos y las elaboraciones conceptualmente alambicadas, sobre todo si tienen pedigrí histórico, nos hemos olvidado con excesiva frecuencia de que los contratos existen en la realidad, las obligaciones, en cambio, no. Los contratos son la forma más importante (cuantitativa y cualitativamente, al menos en una sociedad compleja) de articulación de la cooperación entre los individuos. Las obligaciones son meros expedientes técnicos, instrumentales, para ordenar y expresar los efectos jurídicos de la cooperación humana expresada en el contrato. El contrato es sustancial; la obligación, instrumental.

Este cambio de perspectiva sobre el Derecho patrimonial español, apoyado además en textos normativos (como la Convención de Viena) y en los esfuerzos prenormativos para la construcción de un Derecho europeo de los contratos, ya comenzó con los trabajos de los

¹ En materia de Derecho de daños, véanse mis consideraciones sobre la evolución española en mi recensión en *InDret* al *Tratado de responsabilidad civil* coordinado por Fernando REGLERO (GÓMEZ POMAR, 2003). En Derecho de sociedades, basta contrastar el tratamiento estándar en la materia en URÍA-MENÉNDEZ (1999).

² ACEMOGLU, JOHNSON y ROBINSON (2005).

Profesores MORALES MORENO y PANTALEÓN PRIETO a comienzos de los años 90³. El presente trabajo se inscribe, sin duda, en la línea por ellos abierta, aunque acaso puedan no compartir, o no por entero, una visión radicalmente funcionalista –economicista, si se prefiere– del contrato y de su regulación jurídica como la que subyace a mi reconstrucción del contrato y de sus reglas centrales: un conjunto de reglas y de instrumentos de comprensión por parte de juristas y jueces que permita que los contratantes negocien y diseñen sus contratos de forma que se maximice el bienestar conjunto para los mismos –por supuesto, presuponiendo que el contrato no tiene efectos adversos para terceros no contratantes.

El presente trabajo es simplemente una muestra (en este caso, una segunda entrega⁴) de lo que espero se convierta en una teoría del contrato en Derecho español, a la luz de lo que es hoy la ciencia social más potente, y más cercana al fenómeno contractual: la economía. En estos momentos, pretendo ofrecer nada más algunas consideraciones preliminares sobre las nociones básicas acerca del incumplimiento contractual y sus consecuencias jurídicas en Derecho español. El propósito de este trabajo no es esencialmente analítico –esto queda para posteriores entregas– sino expositivo de la situación del Derecho español que rige el incumplimiento contractual, y como la aplicación efectiva que de este se hace se puede ordenar sobre la base de una noción simple de incumplimiento –con un doble elemento, eso sí– y una panoplia igualmente sencilla de medios de reacción del contratante víctima del incumplimiento. No voy a realizar aquí un examen comparativo de cómo el conjunto de remedios afecta de modo diferenciado a las grandes decisiones contractuales desde el punto de vista económico: contratar o no contratar; distribuir entre las partes los riesgos de eventos inciertos; dar incentivos para realizar inversiones específicas –sin valor, o casi, fuera de la concreta relación contractual en la que se producen– tanto las que benefician a quien las hace, como las ventajosas para la otra; proporcionar incentivos para realizar las conductas previstas allí –pero sólo allí– donde su valor supere a su coste, incluido el de oportunidad; la renegociación de los términos del contrato –o su restricción para ajustarlos a la realidad de las circunstancias post-contrato. Su análisis ha de quedar para un trabajo posterior más extenso y de sabor puramente analítico⁵, esencialmente apoyado en la visión del contrato que ha supuesto una de las temáticas centrales de la teoría microeconómica de los últimos 20 años. Pero para afrontarlo me parece necesario, al menos para un jurista positivo que opera en el seno de un sistema jurídico dado, ordenar la situación existente es condición precedente a la de predecir los previsibles efectos del sistema sobre las conductas de los contratantes o potenciales contratantes.

³ Por fortuna, los trabajos del Prof. MORALES MORENO, junto con otros posteriores con parecida orientación, acaban de ser recogidos en un reciente libro: MORALES MORENO (2007). Los trabajos del profesor PANTALEÓN PRIETO son: (1991) “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho civil* (pp. 1019-1091); y (1993), “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho civil* (pp. 1719-1745).

⁴ La primera, más analítica, y no centrada en la exposición de las reglas centrales del Derecho español en la materia, trataba de mostrar el papel del contrato como instrumento jurídico que sustenta la cooperación económica, un instrumento, además, con perfiles definidos –diferentes de los de los mercados perfectos, por ejemplo– y susceptible de ser entendido con los criterios de la economía del bienestar: GÓMEZ POMAR (2007).

⁵ Algunas de ellas ya fueron tratadas preliminarmente en GÓMEZ POMAR (2002, pp. 27 y ss.).

En todas estas cuestiones, el aspecto fundamental del Derecho del contrato es el de los medios de reacción del contratante ante la falta de realización del programa de cooperación entre las partes, o de reparto de riesgos en el contrato, achacable a la contraparte. En relación con este régimen existe, creo, una triple componente, inexcusable para aprehender cabalmente, valorar y hacer operativo el régimen jurídico del incumplimiento contractual en una economía de mercado compleja y desarrollada, como es la española. En este trabajo, con mejor o peor fortuna, he tratado de incorporar las tres.

De un lado, la necesaria reorientación del enfoque jurídico, que ha de basarse en la ya aludida centralidad del contrato como organizador de la cooperación entre los contratantes, y en la instrumentalidad del régimen tradicional del incumplimiento de la obligación (esencial y normalmente supuesta, para más inri, como unilateral); en segundo lugar, dar razón de la importante tarea de construcción jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo en los últimos años, sobre la base del disperso, sin duda, esclavo de la tradición obligacionista, también, pero (*Gott sei Dank*) muy flexible y maleable, material de partida que proporciona el Código Civil; por último, hacerme eco de un fenómeno muy destacable en la práctica contractual española de los últimos años, que es el de la presencia de herramientas y formas contractuales propias del Derecho del *Common Law*. Me refiero en particular al fenómeno de las manifestaciones y garantías, que hoy acompañan a cualquier adquisición de empresa realizada en España, con mucha frecuencia siguiendo un modelo de clausulado pensado y escrito por primera vez en Londres o en Nueva York, y no en nuestro país. Muchos textos contractuales no son hoy simple documentación de las obligaciones principales de las partes, como presupone el Código civil, y que ya el derecho dispositivo, o los usos, se encargarán de integrar. Son, por el contrario, complejas operaciones en las que las partes intercambian esencialmente información y predicciones de futuro sobre fenómenos de la realidad con múltiples dimensiones y aspectos. Para comprender la trascendencia y funcionalidad de nuestro régimen de incumplimiento contractual me parece necesario que sus implicaciones pasen el test de su verificación en el campo de pruebas que ofrecen estas innovaciones en la fenomenología contractual.

2. Noción básica de incumplimiento de contrato en el régimen contractual español

En el sistema jurídico español la noción de incumplimiento puede entenderse como la resultante de combinar dos elementos conceptualmente diversos: la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación –en amplio sentido– del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes contractuales. Debe precisarse que el término imputación se emplea aquí no como sinónimo de reproche o atribución subjetiva de responsabilidad, sino simplemente como equivalente al factor o conjunto de factores que permiten que la materialidad de la ausencia de resultado cooperativo en la relación contractual se ponga a cargo de un contratante. Ese factor podrá venir dado, en ocasiones, por un juicio acerca de la conducta del contratante incumplidor, pero podrá también, como se hará evidente en las páginas que siguen, fundarse sobre bases diversas del juicio sobre la conducta: por ejemplo, en el reparto del riesgo de ciertas contingencias aceptado y asignado, explícita o implícitamente en el contrato, o en criterios –de oportunidad, o de deseabilidad de

las previsible consecuencias en la mayoría de las situaciones- de atribución del riesgo de un cierto evento a la esfera económica y, en definitiva, jurídica, de un contratante. Imputación, pues, no como recriminación o atribución de culpa, sino como conjunto de criterios de asignación de contingencias a ámbitos o posiciones económicas y jurídicas.

- a) **El incumplimiento en sentido material.** En principio, incumplimiento en este plano vendría dado por cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente. En definitiva, cualquier desviación del programa contractual, en las palabras de PANTALEÓN⁶. En este aspecto, la noción manejada es muy amplia (cfr., arts. 1088, 1101 y 1157 CC; STS, 1ª, 20.10.2005). Es especialmente relevante el referente para enjuiciar si existe tal incumplimiento. Este referente es el contrato mismo, y no la visión o el criterio externo -no contractual- de las partes, aunque el criterio sea experto o profesional, o incluso tenga algún reflejo normativo. Lo decisivo para determinar si hay o no incumplimiento en sentido material es el contrato. Así, si se encarga un trabajo incompleto, o que por sí solo no podría permitir alcanzar un cierto resultado práctico o económico, no hay incumplimiento si se realiza lo pactado (SSTS, 1ª, 19.5.1998, 18.6.1999, 21.9.2005). No hay incumplimiento si lo entregado no sirve para un cierto fin, o no satisface un estándar de calidad, si no se había especificado en el contrato ni el fin ni la calidad (STS, 1ª, 20.12.2005).

Por descontado, contrato no es tan sólo lo contenido o referido en el marco del texto o documento contractual, sino que comprende, además, el conjunto del entendimiento común de los contratantes, rectamente interpretado, así como lo que resulte de la integración de las lagunas contractuales (art. 1258 CC) o la incorporación forzosa de conductas, resultados o estados del mundo, por decisión legal: así, la incorporación de los contenidos publicitarios, factibles, creíbles y aptos a influenciar la conducta contractual de la contraparte contractual: art. 8.1 [Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios](#) (BOE núms. 175 y 176, de 24.7.1984; en adelante, LGDCU); art. 3.1.d), [Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo](#) (BOE núm. 165, de 11.7.2003; en adelante, Ley 23/2003). Esta técnica de incorporación por voluntad legal es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lleva la realización de manifestaciones falsas o fraudulentas previas o simultáneas a la celebración del contrato al ámbito del incumplimiento -y no sólo, o no principalmente, al de los vicios de la voluntad: SSTS, 1ª, 8.11.1996, 26.6.1999, 15.6.2000, 30.6.2000 y 23.5.2003.

Incumplimiento no es sólo, ni siquiera primordialmente, lesión de un derecho subjetivo o violación de una norma o de un deber, como sigue siendo en Derecho alemán a pesar de la modernización de su Derecho de obligaciones en 2002 (la *Pflichtverletzung* es la noción explicativa de las distintas variantes materiales de la *Leistungstorung*: cfr. p. ej. LOOSCHELDERS, (2006), p. 199). Tampoco se acepta -afortunadamente- en el Derecho español la germánica bipartición esencial (hoy abandonada incluso allí) de régimen entre

⁶ PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1720).

lesión positiva y lesión negativa del derecho de crédito. De hecho, la visión del incumplimiento como falta de realización o de acaecimiento de sucesos –lo que incluye, por descontado, conductas o comportamientos de toda clase, activos y omisivos, por parte de los contratantes- y no como lesión de derechos subjetivos o vulneración de obligaciones no sólo es más deseable como perspectiva desde la que comprender la entera disciplina del Derecho del contrato, sino que, implícitamente, permea también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia que, en esto, como en otras cosas, ha resistido la tentación del germanismo y ha adoptado posiciones más pragmáticas. La visión alternativa, basada en la idea de lesión o de violación de normas creo que genera distorsiones no desdeñables en términos de comprensión del ámbito de sucesos atribuible a una parte en el contrato, así como en el entendimiento del sistema de remedios de modo más acorde con la maximización del excedente contractual. Aparenta mayor rigor: el incumplidor habría lesionado un derecho subjetivo jurídicamente tutelado y vulnerado una regla de Derecho –art. 1091 CC-, lo que le haría merecedor de una sanción en Derecho. Pero es un espejismo, pues el énfasis en el resultado de lesión y en la idea de obligación permite restringir de facto el ámbito de lo debido a los contenidos posibles de derechos subjetivos y de obligaciones, y desobjetiviza el reparto de riesgos y los remedios correspondientes a este. Así, por ejemplo, en concepciones de esta clase –como la aún vigente en Derecho alemán- se hace teóricamente más difícil admitir, como hacen regímenes contractuales más actualizados, que la imposibilidad originaria no anula el contrato y que la imposibilidad inicial debe asignarse al ámbito de responsabilidad –por incumplimiento- del promitente. Por ejemplo, los *Principles of European Contract Law* (o Principios Lando; en adelante, PECL) en su art. 4:102. Curiosamente, el Derecho alemán, a pesar de la inconsistencia teórica, ha adoptado, en la reforma del 2002, la misma solución en el § 311 a) I BGB.

Esta noción de incumplimiento que requiere como presupuesto material el desajuste de acciones, conductas o estados de la realidad respecto de la previsión contractual, se encuentra en la actualidad reforzada por el principio de conformidad con el contrato que recoge el art. 1 de la Ley 23/2003, concepto transpuesto de la [Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo](#) (DOCE núm. L 171, de 7.7.1999; en adelante, Directiva 99/44), a su vez inspirada en la misma noción de la [Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980](#) (en adelante, Convención de Viena).

El carácter interno de la referencia para apreciar el desajuste que exige el incumplimiento en sentido material viene corregido –aun cuando no eliminado por entero- en función de ciertos factores. Una perspectiva externa a las declaraciones e indicaciones de las partes podría entenderse prevalentemente de aplicación:

- (i) en bienes o servicios estándar o de producción, distribución y consumo más o menos masivos, y dirigidos a los mercados (cfr. art. 8.1 LGDCU; art. 3.1 b) y d) Ley 23/2003);

- (ii) en circunstancias en las que la naturaleza y entorno –de toda clase- del contrato, y las fuentes de integración del mismo, los usos y la buena fe, en particular, fundamentan la existencia de obligaciones y deberes adicionales (de protección, si se quiere el *germanismo*) a los pactados, y respecto de los cuales la referencia es o debiera ser objetiva, externa a la intención contractual común. Esta última posibilidad es, sin embargo, tal y como resulta de la jurisprudencia del TS, poco frecuente y, se puede decir sin gran temor a equivocarse, incluso abiertamente excepcional. Tal actitud de prudente parsimonia a la hora de imponer criterios externos de enjuiciamiento sobre el si y el cómo de la realización de la voluntad contractual común debe juzgarse, en principio, coherente con la libertad contractual, y con un razonable presupuesto de racionalidad de los contratantes, al menos cuando se trata de empresas y profesionales⁷.

En cuanto a la –importante y, con frecuencia, decisiva para el resultado de una concreta controversia- verificación del acaecimiento fáctico de la realización inadecuada de la previsión contractual, la jurisprudencia del TS la atribuye a los tribunales inferiores: la determinación de si hay o no incumplimiento en sentido material (así como, en caso de incumplimiento de ambas partes en contratos con prestaciones recíprocas, la determinación de quién incumplió primero) es una cuestión de hecho que corresponde a los tribunales de instancia (SSTS, 1ª, 25.1.1996, 21.1.1999, 12.4.1999, 16.9.1999, 30.7.1999, 23.5.2000, 3.11.2000, entre otras), frente a cuya determinación no cabe recurso de casación.

- b) La imputación del incumplimiento producido a la parte contractual que ha omitido la conducta contractual prevista.** Para que haya incumplimiento relevante a los efectos de desencadenar una de las reacciones jurídicas⁸, no bastaría, con carácter general, que

⁷ En contratos con consumidores, parece que los sesgos cognitivos y volitivos de los consumidores –de los seres humanos, en realidad, también de los que hacen funcionar las empresas; la diferencia está en el carácter repetido y en los fuertes incentivos al aprendizaje y la superación de los sesgos que el entorno profesional y empresarial genera- pueden ofrecer un mayor espacio a la imposición de conductas basadas en criterios no asumidos por los contratantes y tendentes a superar tales sesgos de los consumidores. La trascendencia de ello para el Derecho de contratos y para la regulación de los mercados de bienes y servicios de consumo no es, sin embargo, pacífica: BAR-GILL y EPSTEIN (2007).

⁸ Conviene advertir, sin embargo, que para algunas opiniones doctrinales (CARRASCO PERERA (1989, pp. 397 y ss.); PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1729); VERDERA SERVER (1995, pp. 136 y ss.), como más destacados) no sería necesario ningún criterio de imputación para desencadenar algunos de los remedios jurídicos frente al incumplimiento, bastando la simple materialidad del incumplimiento para provocar tales reacciones en Derecho, señaladamente, para el cumplimiento forzoso de la prestación incumplida. No me parece que esta tesis sea la más acertada, aun cuando pueda ser entendida como expediente de superación del tabú de la culpa en el régimen del incumplimiento de contrato en Derecho español. Tampoco entiendo del todo correcta, a su vez, ni desde la contemplación del Derecho positivo español en la materia, ni de la deseable aproximación a comprensiones del incumplimiento basadas en la eficiencia económica, la tesis (BADOSA, 1987, pp. 263 y ss.) que entiende que para la pretensión de cumplimiento y para la indemnizatoria es necesaria la culpa del deudor. Más defendible parece la tesis que entiende que los presupuestos de aplicación de ambos remedios básicos no son idénticos, pero que (i) no hace falta culpa en los dos (*rectius*: en ninguno, en realidad, al menos con carácter general); (ii) la pretensión de cumplimiento *in natura* no es una pura consecuencia automática de la materialidad de la discrepancia entre conducta contractual y conducta realmente acaecida (MORALES MORENO, 2007, pp. 65 y ss.). Entiendo que también el cumplimiento en forma específica es un

fácticamente se produjera la discrepancia de comportamiento o resultado respecto de la determinación realizada en el contrato. Haría falta, sin duda, lo que he llamado incumplimiento en sentido material, pero éste no sería suficiente. Sería precisa, adicionalmente, la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida. Aquí no estamos ante una apreciación del ajuste o desajuste entre realidad de hechos y previsión contractual. Estamos ante una calificación jurídica de la conducta o la situación del contratante y, en relación con ella, sí cabe recurso de casación (STS, 1ª, 30.11.1999).

En el sistema contractual español se reconocen generalmente tres grandes tipos de criterios de imputación del incumplimiento en sentido material a un contratante:

- 1) *Dolo*: para el dolo como forma de imputación del incumplimiento en sentido material basta con que la parte contractual se aparte conscientemente las conductas contractuales que pesaban sobre ella. No hace falta ninguna intención o ánimo especial. Incumplimiento doloso sería, en esta visión, incumplimiento consciente y voluntario, que no precisa de intención especial de causar daño, ni malicia, fraude o mala fe cualificada.

Todo incumplimiento voluntario es doloso para la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS, 1ª, 21.6.1980, 23.10.1984, 30.11.1999, entre otras). Las consecuencias de la calificación dolosa del incumplimiento no son, al menos en el plano de los efectos jurídico teóricos, baladíes:

- (i) no son eficaces las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual⁹;
- (ii) no se modera la cláusula penal aun siendo teóricamente aplicable a los hechos enjuiciados el art. 1154 CC¹⁰;

remedio reactivo al incumplimiento, y como tal no puede prescindir de un juicio de imputación sobre la conducta o situación del incumplidor.

⁹ Es opinión común entre todos los autores que se han ocupado de la cuestión entre nosotros: JORDANO FRAGA (1984, pp. 644-645); CARRASCO PERERA (1989, p. 465); AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993, p. 59); LACRUZ BERDEJO *et alii* (1994, p. 180); DíEZ-PICAZO (1996, p. 616); QUESADA GONZÁLEZ (2003, p. 29); SALELLES CLIMENT (2007, p. 264).

¹⁰ Esto con menor claridad, a la vista de la jurisprudencia del TS, que ha admitido que entre las situaciones que están naturalmente comprendidas dentro del supuesto de hecho desencadenante de la pena se halla el incumplimiento doloso o voluntario. Así, la STS, 1ª, 10.6.1969 entiende que "(...) del hecho de que éste tenga lugar como consecuencia de una actitud -acción u omisión- voluntaria del deudor que excluye los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación (...)". Y la STS, 1ª, 4.7.1988 afirma que "(...) la efectividad de la cláusula penal (...) solamente puede tener lugar cuando el incumplimiento o defectuoso cumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquiera otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula penal (...)". La STS, 1ª, 23.5.1997 entendió plenamente aplicable una pena convencional a un supuesto de incumplimiento voluntario del deudor, pues se trataba de una obligación de no competencia postcontractual que fue vulnerada al entrar a trabajar en establecimiento competidor con casi tres años de antelación a la fecha permitida según el contrato. En este último caso, el TS, acaso de forma no muy reflexiva en cuanto al alcance general de su proceder, y su conciliación con el art. 1102 CC, no vaciló apenas en moderar el importe

- (iii) no juega el límite de la previsibilidad a la indemnización de daños (art. 1107.2 CC)¹¹;
- (iv) acaso se indemnizará con mayor probabilidad y alcance el daño moral contractual¹².

Es bien cierto, no obstante, que la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del TS, que raramente explota en profundidad, si es que lo hace en absoluto, las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos (arts. 1102 y 1107).

No obstante la posición dominante en jurisprudencia (y también en doctrina), lo cierto es que existen argumentos muy sólidos en Derecho español para reservar la calificación de incumplimiento doloso, a los efectos de los arts. 1102 y 1107 CC, que son los ámbitos de mayor relevancia de tal calificación, a los incumplimientos que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales. La simple conciencia y voluntariedad presentes en la conducta constitutiva de un incumplimiento contractual no reúne los requisitos que hacen a un incumplimiento merecedor de un trato diferente (bajo los arts. 1102 y 1107 CC) al que recibe un incumplimiento nada más culpable o negligente por parte de un contratante¹³.

de la pena convencional pactada en este evidente supuesto de incumplimiento voluntario –“doloso”, en la interpretación mayoritaria.

¹¹ En una reciente sentencia entiende el TS que el efecto del art. 1107.2 CC es el de eliminar la imputación objetiva entre conducta y resultado dañoso, así como relajar la conexión causal estricta entre ambos. Igualmente, lo aplica a la responsabilidad no basada en el contrato (la acción de resarcimiento del daño del art. 18.5ª de la Ley de competencia desleal): STS, 1ª, 29.12.2006. En ambas apreciaciones entiendo que no es de alabar el pronunciamiento del TS. El art. 1107 CC afronta un problema de previsibilidad de consecuencias dañosas, no de causalidad, o de imputación objetiva. Y, además, por su propia naturaleza, el límite de la previsibilidad (aunque luego salte para el deudor doloso) no se compadece con la responsabilidad que no nace del incumplimiento del contrato. Véase, por extenso, sobre todo ello, GÓMEZ POMAR (2002).

¹² A la vista de la perceptible actitud del TS de emplear en el ámbito extracontractual la indemnización por daño moral como instrumento de expresión de reprobación, condena y sanción de conductas del autor del daño: GÓMEZ POMAR (1999).

¹³ Existen numerosos y poderosos argumentos de carácter histórico (fundamentalmente, por la explicable confusión generada por la concentración de los precedentes históricos del art. 1107 CC en casos en los que el fraude y la mera voluntariedad del incumplimiento eran indistinguibles), dogmático y económico que abonan esta restricción de la noción de incumplimiento doloso. Se encuentran detalladamente expuestos en GÓMEZ POMAR (2002, pp. 197 y ss.). Apoyado en argumentos dogmáticos y en las implicaciones que la calificación como doloso tiene para la responsabilidad del deudor incumplidor, que se traducen esencialmente en la agravación de una responsabilidad que, en caso de no calificarse así, sigue pesando sobre el deudor, LUIS DíEZ-PICAZO (1996, pp. 611-612) sostiene que es necesario un plus de reproche sobre la conducta del incumplidor añadido a la mera conciencia y voluntariedad del comportamiento constitutivo de incumplimiento (ánimo de enriquecimiento ilícito, *animus nocendi*, etc.).

- 2) *Culpa o negligencia*: para esta forma de imputación basta con que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato y/o las normas imperativas o dispositivas aplicables, los usos y la buena fe. Aquí no se aplicarán las consecuencias negativas que se han visto antes en relación con el incumplimiento doloso, si bien es preciso señalar la existencia de restricciones a las limitaciones y exoneraciones de responsabilidad en contratos entre empresas y consumidores (Disposición Adicional Primera, 9 y 10, LGDCU) y, acaso, también, entre empresas, en casos de muy grave negligencia¹⁴.
- 3) *Responsabilidad objetiva*: aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto: sus auxiliares (art. 289 CCom; SSTS, 1ª, 18.4.2000 y 15.6.2000), pero no si los auxiliares han sido escogidos por el propio acreedor (STS, 1ª, 30.6.1999); la propiedad de la cosa (arts. 35-36 Convención de Viena, art. 4 Ley 23/2003, arts. 1484-1485 CC); sus instalaciones (arts. 1783-1784 CC), etc.

El límite general a esta imputación no basada en dolo ni en culpa es el **caso fortuito o fuerza mayor** (art. 1105 CC). La jurisprudencia del TS en materia de caso fortuito y fuerza mayor como fenómeno exoneratorio de la responsabilidad contractual es demasiado extensa e incoherente para permitir una síntesis breve y menos en una sede como ésta. Pero tal vez sí se pueden retratar, en pocos y amplios trazos, las notas caracterizadoras de los eventos calificados jurisprudencialmente como caso fortuito o fuerza mayor, liberatorios de las consecuencias del incumplimiento:

- (i) *Carácter extraño y ajeno a la organización y control del contratante incumplidor, en especial cuando se trata de una empresa*. El TS nunca ha considerado caso fortuito o fuerza mayor sucesos que tengan relación directa con la empresa u organización de la parte que materialmente ha incumplido. No hay caso fortuito o fuerza mayor cuando el evento, imprevisible o no, tiene lugar en el seno de la empresa, cuando es un suceso englobado en la esfera interna de control del contratante. Ilustrativas son, entre otras, las SSTS, 1ª, 3.3.1999, 14.4.1999, 11.1999, 18.4.2000, 14.3.2001 y 11.4.2001. Por ejemplo, los conflictos laborales, aunque impliquen conductas antijurídicas de los trabajadores, no se han considerado caso fortuito o fuerza mayor: SSTS, 1ª, 14.5.2001 y 18.12.2006.
- (ii) *Imprevisibilidad*. Los fenómenos que entran dentro de una regularidad estadística no son caso fortuito o fuerza mayor (SSTs, 1ª, 13.7.1999, 24.12.1999 y 6.6.2002).

¹⁴ Sobre la equiparación del dolo a la culpa grave en contratos entre empresas, recientemente, SALELLES CLIMENT (2007, pp. 268 y ss.).

- (iii) *Precisa la ausencia de culpa, pero exige otros elementos.* No basta acreditar la diligencia para excluir la imputación, es precisa la presencia de factores adicionales que permitan apreciar en el conjunto fáctico los elementos del caso fortuito o la fuerza mayor (SSTS, 1^a, 12.7.2002 y 23.11.2004).

3. Los remedios frente al incumplimiento

Ante un incumplimiento, el sistema jurídico español abre distintas posibilidades de reacción a la parte contractual perjudicada. Los remedios generales efectivamente disponibles frente al incumplimiento contractual (esto es, en principio, en cualquier modalidad de contrato y en cualquier modalidad de incumplimiento de contrato) son los que se examinan a continuación: cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso; indemnización de daños y perjuicios; pena convencional; y resolución. Es cierto que podrían mencionarse otros, señaladamente: la reparación o sustitución de la prestación no conforme con el contrato (art. 5 Ley 23/2003); la reducción del precio (arts. 1484 CC y 7 Ley 23/2003); la *exceptio non adimpleti contractus* (implícita en los arts. 1466 y 1502 CC).

Entiendo, sin embargo, que desde el punto de vista conceptual algunos de ellos no son en realidad sino variantes de los tres grandes “tipos” de remedios en el plano teórico: remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional¹⁵); remedios de ineficacia (resolución). En este sentido, la reparación y sustitución (por el contratante incumplidor) son en verdad cumplimiento en forma específica, la reducción del precio es un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños, y la *exceptio non adimpleti contractus* es una suspensión de la eficacia contractual, no alejada conceptualmente – aunque sea temporal- de la resolución¹⁶.

No voy a ocuparme en este lugar de los problemas resultantes de la convivencia en el Derecho español (y en los Códigos latinos más ampliamente) de los remedios generales frente al incumplimiento con los específicos y tradicionales para algunos supuestos de falta de conformidad de lo prestado, con toda frecuencia, cuando no casi siempre, reconducibles a la noción general de incumplimiento. En concreto con las acciones edilicias previstas en el art. 1486 CC en sede de compraventa¹⁷, aunque aplicables también a la permuta, el arrendamiento y la sociedad. El Tribunal Supremo se ha mostrado, en esta cuestión, más bien partidario de la no exclusión de las acciones generales por la posible concurrencia de las edilicias, empleando, de manera tal vez poco consistente teóricamente, doctrinas justificativas diversas,

¹⁵ El tratamiento separado de la pena convencional respecto de la indemnización de daños obedece esencialmente al origen del remedio (voluntad de las partes y no cálculo judicial), a la mayor amplitud que permite y a las cuestiones que suscita en términos de intervención judicial en la libertad contractual, pero en muchos aspectos puede ser tratado como una medida más de la indemnización de daños y perjuicios.

¹⁶ No niego con ello, no obstante, que pueda haber razones –buenas, además- para considerarlos (al menos la rebaja en el precio y la suspensión temporal de prestaciones) por separado, como hace MORALES MORENO (2007, pp. 30 y ss.).

¹⁷ Véase sobre tal convivencia, por extenso, FENOY PICÓN (1996).

profusamente expuestas y criticadas por la literatura jurídica especializada, como las del *aliud pro alio*, la inhabilidad del objeto, la concurrencia de acciones, la compatibilidad de los presupuestos de aplicación, etc. La cuestión no está cerrada y las disputas al efecto siguen llegando hasta el Tribunal Supremo¹⁸. Este problema de coexistencia debiera sin duda superarse entre nosotros¹⁹ y dejar de constituir fuente de ingresos para los abogados de pleitos, bien por obra de la adopción indubitada del principio de elección de remedio que se enuncia más abajo, bien por una modificación legislativa que integre el régimen de los defectos ocultos de la cosa vendida con el régimen general del incumplimiento del contrato, como se ha hecho en Alemania²⁰.

Otro problema de coexistencia de remedios, que igualmente soslayaré en este trabajo, es de origen más reciente, pues se trata del que afecta a los específicos (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución) que contemplan los arts. 4 y ss. de la Ley 23/2003, en relación con los generales por incumplimiento²¹.

Con las limitaciones –no baladíes, desde luego– que se indican en los siguientes subapartados, y aunque el Código civil español calla –de forma explícita: el principio de la elección entiendo que se halla claramente implícito en las previsiones de los arts. 1096 y 1101 CC, y es del todo explícito en el art. 1124 CC, aunque no tenga alcance general ahí– en la materia, parece razonable entender que el principio de partida en materia de mecanismos de reacción del contratante insatisfecho frente al incumplimiento, ha de ser el de la elección del contratante agraviado. Esta es la solución de los PECL en su art. 8:101:

“(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108 –excuse due to an unavoidable impediment– the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9”.

Es también la solución de la Convención de Viena²², aunque no sea la de otros sistemas jurídicos, señaladamente el Derecho alemán, o el *Common Law* de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América, en los que existe, respectivamente, un sesgo en favor de los remedios de conducta, en el primer caso, y de los monetarios, en el segundo²³.

¹⁸ STS, 1ª, 21.10.2005, comentada por MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2006, pp. 1107 y ss.).

¹⁹ En parecido sentido, MORALES MORENO (2007, pp. 98 y ss.).

²⁰ Sobre esta aproximación operada por la reforma del BGB, ZIMMERMANN (2005, pp. 96 y ss.).

²¹ Véase sobre esta cuestión, FENOY PICÓN (2006, pp. 149 y ss.). En realidad, la garantía legal en las ventas de consumo suscita otro problema de coexistencia, en concreto el de esta nueva garantía con las acciones edilicias del CC. Sobre este segundo, véase FENOY PICÓN (2006, pp. 32 y ss.).

²² PANTALEÓN PRIETO (1998, p. 582).

²³ Puestos a tener un sesgo, lo cierto es que los remedios monetarios son, de forma general, socialmente más inocuos y menos costosos que los otros, esto es, tienen en abstracto menor riesgo de destruir o dilapidar recursos sociales escasos. Lo que no quiere decir que, en toda circunstancia sean los más indicados. De ahí la necesidad de un sistema flexible de remedios. Desde el punto de vista económico, la relación entre los remedios ha sido exhaustivamente analizada: véase la síntesis canónica de los resultados generales en SHAVELL (2004, pp. 338 y ss.). La cuestión de la opción frente a la primacía o exclusividad ha sido mucho menos estudiada y sólo ahora comienza su análisis detenido: AVRAHAM y LIU (2006, p. 523).

3.1. Cumplimiento forzoso o cumplimiento en forma específica (Specific performance)

Este remedio frente al incumplimiento supone que la parte contractual insatisfecha podrá exigir, con el auxilio de la coerción pública si fuera necesario (arts. 701 y 712 LEC), la realización de la prestación o conducta incumplida, lo que comprende la entera terminación de lo parcialmente cumplido, la correcta realización de la prestación irregular, la reparación y/o destrucción de lo mal hecho (arts. 1096 y 1098 CC, 46 Convención de Viena y 5 Ley 23/2003).

Tradicionalmente, en España la regulación detallada del cumplimiento forzoso ha estado en la LEC. Hoy sigue siendo así: arts. 571 y ss. En esa larga serie de preceptos se regulan ocho modalidades de cumplimiento forzoso: ejecución dineraria, modelo central de ejecución forzosa en la LEC; cumplimiento forzoso de entrega de cosa mueble determinada; cosa genérica; cosa inmueble; hacer no personalísimo; declaración de voluntad; hacer personalísimo; no hacer. La novedad más relevante para la eficacia del cumplimiento en forma específica del nuevo régimen procesal civil español es la importación que permite la imposición judicial de multas coercitivas en los dos últimos casos de modalidades ejecutivas (arts. 709 y 710 LEC), a fin de forzar la voluntad contraria al cumplimiento.

Lo anterior no quiere decir que todo aquello que está fuera de la ejecución dineraria en la LEC sea, desde el punto de vista conceptual, cumplimiento forzoso. En algunos supuestos, lo previsto en sede ejecutiva en la LEC es un remedio esencialmente monetario (p. ej., arts. 702.1 y 706.2 LEC) en todo idéntico a la indemnización de daños corriente en ciertas circunstancias (operaciones de cobertura) y como tal, creo, debe ser analizado²⁴, a pesar de que la ubicación o tenor literal de la previsión legal procesal que, en ocasiones, parece, todavía anclada en una visión de una economía sólo parcialmente monetaria, que ya no es la de hoy. Tampoco creo que proceda entender que existe una suerte de espacio o remedio intermedio entre cumplimiento en forma específica e indemnización de daños, que sería el cumplimiento por equivalente²⁵ u obtención de la *aestimatio rei*. Aunque es cierto que el lenguaje utilizado en algún caso por el CC y la LEC permitiría tal quiebro conceptual, se trata en realidad de una categoría artificial, sin excesivo sustento analítico y que no encuentra reflejo ni en la Convención de Viena ni en los PECL. En resumen, creo que el criterio esencial de distinción debiera ser más o menos como sigue: allí donde hay remedio basado en la conducta del deudor, hay cumplimiento en forma específica. Allí donde el remedio se basa en el dinero, nos hallamos en el campo indemnizatorio²⁶.

²⁴ En contra, CARRASCO PERERA (1989, pp. 397 y ss) y MORALES MORENO (2007, pp. 81 y ss). De hecho, no por casualidad omite en estos casos la LEC las multas coercitivas, que se limitan al hacer personalísimo y al no hacer. Otra cosa es que ejercitada inicialmente por el demandante una pretensión de condena no monetaria, y siendo esta procedente, el hecho de que luego la LEC la transforme esencialmente en una indemnizatoria en los preceptos citados -702.1 y 706.2- no le facultaría al ejecutado a tratar de reabrir el debate sustantivo sobre la preferencia de remedios en este ámbito puramente ejecutivo. Aquí la equivalencia funcional habría sido ya legalmente establecida de modo general.

²⁵ Por ejemplo, LLAMAS POMBO (1999) y DE PABLO CONTRERAS (2002).

²⁶ El TS no dice esto, claro, pero aquí sigue anclado en categorías disfuncionales en una economía monetaria: STS, 1ª, 20.10.2006.

Para poder solicitar el contratante insatisfecho el cumplimiento forzoso bastaría, en principio, con que se hubiera producido el incumplimiento. Según algunas opiniones doctrinales, ni siquiera haría falta que el incumplimiento fuera imputable, pues tal remedio no sería sino mera consecuencia de la permanencia de la obligación contractual tras el incumplimiento, a salvo los casos de imposibilidad (art. 1182 CC) ²⁷.

Dígase lo que se diga, y pese a algunas manifestaciones retóricas del Tribunal Supremo a estos efectos, la verdad es que el cumplimiento forzoso no aparece con claridad en el Derecho español del contrato como el remedio general y preferente frente al incumplimiento contractual. Es general, sí, pero no necesariamente preferente frente a, pongamos, la indemnización de daños y perjuicios en todas las manifestaciones y modalidades del incumplimiento contractual²⁸.

Así, en la jurisprudencia, hallamos casos en que el Tribunal Supremo no considera que la sentencia de instancia sea incongruente si en vez del cumplimiento específico solicitado por el actor se concede la indemnización de daños y perjuicios. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional señala que la concesión de indemnización de daños y perjuicios en lugar del solicitado cumplimiento específico de la obligación no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE.

En el caso concreto que dio lugar a este pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 194/1991, de 17.10.1991; MP: Fernando García-Mon y González Regueral), una empresa minera debía restituir un terreno, en el que había estado depositando residuos de sus operaciones, limpio de todo residuo. El problema era que el cumplimiento específico (la limpieza del terreno) tenía un coste de 50.000.000 ptas (300.506,05 €), mientras que el terreno (una vez limpio) tendría un valor de tan sólo 116.000 ptas. (697,18 €). Ante esta discrepancia, el Tribunal de instancia decide no conceder el cumplimiento específico de la obligación, sino una indemnización de 116.000 ptas. (697,18 €), es decir, el valor del terreno. El propietario/demandante no quedó satisfecho con esta indemnización y recurrió hasta llegar en amparo al TC por entender infringido su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Sin embargo, el TC señaló que lo que garantiza el art. 24 CE es una respuesta fundada en derecho y que en este caso dicha respuesta había consistido en la concesión de la indemnización de daños y perjuicios, por lo que no se había producido la infracción de ningún mandato constitucional.

En sentido similar, el Tribunal Supremo entendió que una excesivamente laboriosa y costosa ejecución forzosa debía ser sustituida por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar (STS, 1ª, 2.7.1998).

La finca "Prado o Tierra de la Culpa", un mercado municipal de ganado propiedad de José Manuel y Mª Josefa, experimentó una pérdida de valor considerable como consecuencia de la destrucción de un canal de riego. La SAP Oviedo 6.9.1991 condenó a la ejecución material de las obras de reconstrucción del canal. El Ayuntamiento de Cangas de Narcea formuló demanda incidental de ejecución de sentencia contra José Manuel y Mª Josefa. El JPI de Cangas de Narcea (22.2.1993) estimó la demanda y sustituyó la ejecución material por la indemnización de la pérdida de valor

²⁷ CARRASCO PERERA (1989, pp. 397 y ss.), PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1729) y VERDERA SERVER (1995, pp. 136 y ss.).

²⁸ También en contra de la jerarquía general de remedios, FENOY PICÓN (2006, p. 171).

experimentado por la finca, a determinar en fase de ejecución de sentencia. La AP Oviedo 29.11.1993 estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados, y confirmó todos los pronunciamientos de la sentencia apelada, salvo en lo relativo a las costas. El TS desestimó el recurso de casación al considerar que, si bien la ejecución no era “técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado”. En estos casos, “una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar” (FJ 1º).

Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se infiere que el demandado no puede oponerse a una indemnización por daños y perjuicios alegando que le era más beneficioso el cumplimiento específico, que sería según el demandado el remedio preferente.

Imaginemos que una empresa inmobiliaria vende una vivienda con defectos constructivos. El comprador, al percatarse de ello, lo pone en conocimiento del vendedor (la empresa inmobiliaria) que arregla el defecto sólo de manera parcial o no lo hace. A la vista de la situación, el comprador decide acudir a los Tribunales reclamando la indemnización por daños y perjuicios (por ejemplo, el importe de la reparación del defecto ejecutada por otra empresa). Pues bien, aunque el vendedor alegue que le resultaría más beneficioso reparar de forma definitiva y completa el defecto en lugar de pagar una indemnización y que, además, estaba dispuesta a hacerlo, esta oposición no podrá prosperar.

La STS, 1ª, 17.10.2003 estima en parte un recurso de casación interpuesto contra el Auto de la AP Valencia (Secc. 8ª, 4.11.1997) que confirma el Auto del JPI núm. 4 de Valencia de 14.6.1996. Este último deniega la solicitud de ejecución de la SJPI núm. 4 de Valencia de 5.5.1990 por contradecir lo ejecutoriado en ella. Dicha sentencia condenó a “Dragados y Construcciones, SA” a reparar los desperfectos causados en unas viviendas y a indemnizar los daños. Sin embargo, los desperfectos ya habían sido reparados antes del fallo por la “Conselleria” de Obras Públicas de la “Generalitat Valenciana”, ya que la reparación resultaba urgente. Por ello la Comunidad de vecinos de las viviendas afectadas solicita en ejecución de sentencia que, en sustitución de la condena a reparar, la constructora le pague el importe de la reparación llevada a cabo por la “Generalitat Valenciana” y que ascendía a 397.417, 61 €. En primera instancia y en apelación se le deniega su pretensión indemnizatoria por inexistencia de daño para la actora al haber realizado las obras la Administración autonómica. El TS, en cambio, estima parcialmente el recurso. El hecho de que, por razones de urgencia y ante la conducta pasiva de la entidad constructora condenada a la reparación, ésta haya tenido que realizarse durante el proceso, justifica plenamente la transformación, en ejecución, del cumplimiento específico -resarcimiento *in natura*- por el de naturaleza genérica o equivalente -coste de la reparación- (FJ 2º). En el mismo sentido, de autorizar la indemnización de los daños y perjuicios (en estos casos, el coste de la ejecución o reparación sustitutorias de las omitidas por el incumplidor, aunque este se oponía alegando la preferencia de la reparación en forma específica: SSTS, 1ª, 7.5.2002, 10.3.2004, 13.7.2005 y 10.10.2005).

Recientemente, sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo, al menos para las obligaciones de hacer, parecen proclamar la primacía del cumplimiento en forma específica como remedio frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso, salvo que el contratante insatisfecho hubiera requerido fehacientemente el cumplimiento o la reparación, que el incumplidor hubiera persistido en su incumplimiento, y que el contratante insatisfecho prefiriera entonces la indemnización en lugar del cumplimiento *in natura* (STS, 1ª, 13.7.2005). En similar sentido, indicando teóricamente la preferencia del cumplimiento en forma específica, pero enfatizando cómo tal preferencia no impide que, en determinadas

circunstancias (p. ej., cuando resulte evidente que el obligado no cumplirá) el contratante insatisfecho puede ejecutar por sí mismo y exigir la indemnización equivalente al coste de esa ejecución sustitutoria, está la STS, 1ª, 10.10.2005. Hay que advertir, sin embargo, que ambos pronunciamientos se han producido *obiter dicta*, y que en ambos casos el Tribunal Supremo dio por buena la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios que no había venido precedida por la reclamación judicial del cumplimiento específico, y ello contra la oposición del demandado que se oponía a la demanda precisamente al amparo de la primacía del cumplimiento forzoso.

En resumen, el cumplimiento en forma específica no se prevé uniformemente y con carácter general como el remedio prioritario y preferente, tanto frente al contratante incumplidor como frente al contratante insatisfecho, en todos los casos de incumplimiento contractual. Sin embargo, acaso se pueda hoy deducir este carácter preferente para una modalidad de incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o irregular. Aquí, tanto en el ámbito de los contratos de obra inmobiliaria²⁹ (p. ej. SSTs, 1ª, 12.12.1990, 17.3.1995, 13.7.2005 y 10.10.2005³⁰), como en relación con la venta (y operaciones sustancialmente equivalentes: art. 2.2 Ley 23/2003) de bienes muebles a consumidores en los mercados (arts. 5 y 7 Ley 23/2003) parecen tener primacía las vías de reparación *in natura* (reparación o rehabilitación de defectos, sustitución por el propio incumplidor). No es éste el lugar de pronunciarse por extenso sobre la bondad de tal opción legal –no sólo española, desde luego, es fruto de la Directiva 99/44– que no es, con carácter general, ni mucho menos obvia³¹. Tal primacía se desvanece cuando esos mecanismos resultan de imposible –o casi– ejecución, desproporcionadamente gravosos para el obligado, insatisfactorios para la víctima del incumplimiento, o innecesariamente retardatorios de tal satisfacción, de modo que el valor conjunto del contrato se reduce para los contratantes. Por ejemplo, porque supondría renunciar a una operación de cobertura que permite eficientemente reducir las consecuencias negativas del incumplimiento. En una situación así, ambas partes, ex ante, hubieran preferido la mitigación y la indemnización de daños frente al cumplimiento forzoso, pues el excedente contractual es mayor con la indemnización que con la ejecución forzosa.

En los PECL, el cumplimiento forzoso aparece como opción concedida al contratante insatisfecho, aunque con límites importantes para no hacer que el resultado sea excesivamente gravoso para el obligado, socialmente dispendioso, o innecesario para el acreedor insatisfecho. El art. 9:102 establece con carácter general:

“(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than the one to pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

²⁹ Véase en este ámbito, CARRASCO PERERA (2006).

³⁰ En mucha menor medida cuando las obras de reparación cuyo importe –que no la realización– se reclama del constructor incumplidor, simplemente se anuncian, pero no se han ejecutado (SSTs, 1ª, 12.12.1990, 2.12.1994 y 17.3.1995).

³¹ Por ejemplo, la resolución puede plantear algunas ventajas de eficiencia como disciplinante del poder de mercado de los vendedores en mercados de consumo, que la reparación o la sustitución podrían no terminar de cumplir con toda eficacia: STREMITZER (2007).

- (a) *performance would be unlawful or impossible; or*
 - (b) *performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or*
 - (c) *performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or*
 - (d) *the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.*
- (3) *The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance."*

3.2. Indemnización de daños y perjuicios

Es, como regla, el pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte perjudicada de los perjuicios derivados del incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC y 74 Convención de Viena). Requiere en todo caso incumplimiento imputable. El art. 9:501 PECL establece:

"(1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the party's non-performance which is not excused under Article 8:108.

(2) The loss for which damages are recoverable includes:

(a) non-pecuniary loss; and

(b) future loss which is reasonably likely to occur."

Esta cantidad que se paga como remedio frente al incumplimiento tiene una extensión variable, pues no todas las indemnizaciones englobables dentro de la categoría general de indemnización de daños y perjuicios comprenden las mismas partidas y persiguen idénticos objetivos de reparación. Así, vemos que en la teoría y en la aplicación jurisprudencial (aunque en éstas, de ordinario, de forma innominada) se diferencian las dos modalidades siguientes de indemnización de daños y perjuicios³²:

- a) **Indemnización del interés contractual positivo o del daño a la expectativa (*expectation damages*).** De acuerdo con esta modalidad, el importe de la indemnización será idealmente aquél que restaure a la parte contractual perjudicada en la situación de utilidad o bienestar en la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente. En otras palabras, su importe sería el valor de la prestación para el acreedor menos el precio contractual o, en el caso de prestaciones corrientes en el

³² En la literatura académica norteamericana se analizan también, desde el punto de vista teórico, los *restitutionary damages*, que en Derecho español quedarían englobados dentro del efecto restitutorio propio de la resolución por incumplimiento. No es difícil darse cuenta de que esta medida indemnizatoria no constituye, por sí sola, un eficaz remedio frente al incumplimiento. Basta pensar en casos en los que el precio se pagaría al cumplimiento, con lo que el montante que habría de afrontar el incumplidor sería aquí cero. Más recientemente [BROOKS (2006, p. 569)] se ha comenzado a analizar otra medida indemnizatoria adicional: los *disgorgement damages*. Estos supondrían el pago de una cantidad equivalente a la ganancia (efectiva o imputada, esto es, el coste de cumplimiento ahorrado por el incumplidor al incumplir). Aunque esta medida ofrece mucho más interés como alternativa a las otras dos más tradicionales (expectativa y confianza), no la incluiré en el análisis, dado que su uso en Derecho español (y en otros sistemas jurídicos) no es general, ni mucho menos, sino que en el ámbito contractual se circunscribe a algunos supuestos especiales de incumplimiento de ciertos contratos con elementos de confianza y deberes de lealtad, como el mandato o la sociedad: arts. 1706 y 1724 CC y 135 CCom.

mercado, diferencia entre precio de mercado en una hipotética operación de reemplazo menos precio contractual (arts. 75 y 76 Convención de Viena; STS, 1ª, 4.7.2000).

Incluye tradicionalmente (y obligadamente: STS, 1ª, 14.5.2003) en los códigos latinos el daño emergente y el lucro cesante. Este segundo elemento se refiere a los beneficios perdidos pero también oportunidades perdidas, siempre que no sean especulativos, inciertos o imaginarios – SSTS, 1ª, 26.1.1999, 14.5.1999, 31.5.2002 y 4.2.2005; art. 1106 CC. La existencia y cuantía del daño ha de probarlas quien pretende la indemnización, salvo que el incumplimiento constituya *per se* un daño o perjuicio o frustración en intereses materiales o morales, o en la economía del demandante (SSTS, 1ª, 25.10.1996, 16.3.1999, 17.11.1999, 28.12.1999 y 13.10.2005: p. ej., utilización ilegítima de un bien o derecho de la otra parte).

En Derecho español el interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual³³. Y ello también, frente a lo que fue una extendida opinión contraria, como acompañamiento a la acción de resolución del contrato (arts. 1124 CC y 75 y 76 Convención de Viena; muy explícitamente las SSTS, 1ª, 15.10.1999 y 12.5.2005; con menor claridad, pero conforme, STS, 1ª, 3.5.1999). Es también el remedio monetario que se usa como medio de reemplazar la ejecución forzosa (arts. 701, 702, 706 LEC). También, a tenor de la jurisprudencia reciente, en los casos de vulneración de manifestaciones y garantías, incluso de comunicaciones publicitarias o promocionales o documentos precontractuales (SSTS, 1ª, 26.6.1999, 15.6.2000 y 23.5.2003) que por disposición legal expresa –art. 8 LGDCU- o fruto de la interpretación contractual, deban formar parte del contrato. Igualmente, en los casos de comportamiento doloso en la fase de negociación, formación y celebración del contrato, que también la jurisprudencia reciente equipara a incumplimiento contractual propiamente dicho: arts. 1269-1270 CC y SSTS, 1ª, 19.4.2000, 30.6.2000 y 18.1.2007.

Los *expectation damages* pueden, por tanto, entenderse como aquella cantidad de dinero a la que el incumplidor vendría obligado a indemnizar al otro contratante de modo tal que le dejara en la misma situación en que se hubiera hallado de haberse cumplido el contrato.

Tomemos el caso, por ejemplo, de una persona que debido a una malformación congénita sólo tiene movilidad de un 50% en una de sus manos y un médico le promete que tras una intervención quirúrgica podrá alcanzar un 100% de movilidad. Sin embargo, tras la operación no sólo no se alcanza el resultado prometido sino que además la movilidad de su mano atrofiada queda reducida a un 25%. Pues bien, si el médico debe indemnizar al paciente por daños y perjuicios conforme a la regla aquí expuesta, esto supondrá una indemnización equivalente a la diferencia entre la utilidad que al paciente le hubiera reportado tener una movilidad de 100% en la mano atrofiada y la utilidad que le

³³ Esta es hoy la opinión común entre los tratadistas españoles, sin duda: LACRUZ BERDEJO *et alii* (1994, p. 208); DÍEZ-PICAZO (1996, p. 683); CARRASCO PERERA (1989, p. 389); PANTALEÓN PRIETO (1989, pp. 1152-1155); SOLER PRESAS (1998, pp. 82 y ss); GÓMEZ POMAR (2002, p. 42).

proporciona tener una movilidad de sólo 25 %. En cambio, como se verá más adelante, si se aplicara la regla del interés contractual negativo (es decir, aquella que tiene como finalidad dejar al contratante que sufre el incumplimiento en la misma posición en que se hallaría de no haberse celebrado el contrato), la indemnización sería sólo la equivalente a la diferencia entre la utilidad que le reportaba tener una movilidad del 50% en una de sus manos frente a la nueva utilidad del 25%. Éstos son, sintéticamente, los hechos del famoso caso norteamericano *Hawkins vs. McGee*³⁴.

Una muestra del funcionamiento de la noción de indemnización del interés contractual positivo: cuando el objeto de un contrato de compraventa es un bien relativamente único, pero susceptible de reventa, si quien incumple el contrato es el comprador, la indemnización será la resultante de la diferencia entre el precio fijado en contrato (Pc) y el precio que el vendedor ha obtenido, o podría haber obtenido en una segunda venta (Pr): *Indemnización Int. Ctual. Positivo = Pc - Pr*. En cambio, si se trata de una compra-venta cuyo objeto es un bien infungible o único que no admite reventa, y que ya no tiene valor para el vendedor, la indemnización en caso de incumplimiento del comprador será la totalidad del precio fijado en contrato (Pc): *Indemnización Int. Ctual. Positivo = Pc*.

Una segunda muestra: el comprador que adquiere para revender (el caso general en la compraventa mercantil -cfr. art. 325 Ccom-) sería compensado por la diferencia entre precio de reventa (Pr) y precio contractual (Pc): *Indemnización Int. Ctual. Positivo = Pr - Pc*.

Como se ha expresado, esta modalidad indemnizatoria es la general en derecho español y lo es también en el panorama internacional. Además, hay buenas razones económicas para que así sea. También es la regla en la Convención de Viena (art. 74) y en los PECL (art. 9:502):

"The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived."

En la misma línea, los arts. 9:506 y 9:507 PECL prevén, de un lado, la referencia de las operaciones de cobertura y, de otra, los llamados *market damages* o liquidación abstracta del daño, que no es más que una aplicación del concepto general de interés contractual positivo (y con mayor facilidad de aplicación práctica que la noción general, pues el precio de la operación de cobertura y el precio de mercado son, en general, más fáciles de acreditar, y de ser conocidos por el Tribunal que la valoración de la prestación omitida, o del impacto del defecto en la conducta contractual sobre el bienestar del contratante víctima del incumplimiento):

Si el incumplidor es el vendedor, y el comprador ha adquirido una prestación - por lo general fungible o genérica, pero no necesariamente - de un contratante sustitutorio, la indemnización será la resultante de la diferencia entre el precio de la compra de cobertura (Pcob) y el precio fijado en contrato (Pc): *Indemnización Int. Ctual. Positivo = Pcob - Pc*. En la jurisprudencia española, SSTs, 1ª, 28.1.2000 y 23.5.2005.

³⁴ 84 N.H. 114, 146 A. 641 (1929).

La liquidación abstracta del daño va más allá pues, para las prestaciones fungibles o genéricas que tienen un precio de mercado fácilmente acreditable, compensarían el interés contractual positivo al comprador insatisfecho con la diferencia entre precio de mercado al producirse el incumplimiento (Pm) y el precio contractual fijado (Pc): *Indemnización Int. Ctual. Positivo* = Pm- Pc . Al vendedor insatisfecho, con la diferencia opuesta: *Indemnización Int. Ctual. Positivo* = Pc- Pm. La liquidación abstracta del daño no es ajena a la práctica del TS. La STS, 1ª, 14.5.2003, con cita de las de 14.2.1964, 27.3.1974 y 30.1.1976, señala: “La jurisprudencia de esta Sala, ante casos en los que el vendedor incumple su obligación de entrega y el precio ha subido en relación con el pactado en el contrato incumplido, ha mantenido el criterio de que los daños y perjuicios se cifran en la diferencia de precios entre esos dos momentos.” En el supuesto de hecho enjuiciado, una compraventa mercantil de mosto, el vendedor incumplió su obligación no entregando la mercancía pactada. No se discutía que el acreedor frustrado debiera ser indemnizado, sino los daños y perjuicios concretos que han de ser objeto de reparación a través de la indemnización, siendo necesario que el perjudicado, en este caso el comprador de mosto frustrado, pruebe debidamente dichos daños y perjuicios. El TS estimó el daño emergente en la compra de reemplazo que tuvo que realizar el demandante a otra alcoholera. Respecto al lucro cesante, entiende el TS que al tratarse de una compraventa mercantil que se realizó con el obvio propósito de revenderla, y al tener la mercancía de reemplazo un precio superior y habiendo quedado probado que fue imposible adquirir en ese momento la mercancía por un precio inferior, se estima como lucro cesante la diferencia de precio entre ambas mercancías, esto es, se liquida abstractamente el lucro cesante. Véase, sobre los *market damages*, SCOTT (1990).

Los arts. 9:506 y 9:507 PECL establecen, por su parte:

“Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section”.

“Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.”

La indemnización del interés contractual positivo está sujeta a un triple límite que puede reducir su alcance y su importe:

- El 1107 CC limita los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe a los previstos o previsibles al constituirse la obligación y que sean consecuencia de su incumplimiento (parecidamente, art. 74 Convención de Viena y art. 9:503 PECL). Una regla similar se encuentra en los restantes códigos latinos (el francés y el italiano, señaladamente) y en el *Common Law* (la regla de la venerable sentencia *Hadley v. Baxendale*, “a fixed star in the jurisprudential firmament” en palabras de Grant Gilmore). Excepción acusada la tenemos en el derecho alemán, en el que tal límite se reemplaza por un deber de advertencia (cumplimentable post-contrato, pero siempre antes del incumplimiento) del daño extraordinario.

- La concurrencia o compensación de culpas, que permite reducir el importe indemnizatorio en atención a las culpas concurrentes de incumplidor y víctima es también empleado por el TS en la determinación de los daños contractuales, y no sólo en el ámbito extracontractual (SSTS, 1ª, 15.1.2000, 6.11.2003 y 20.5.2004).
- Por otra parte, el contratante afectado por el incumplimiento tiene el deber de mitigar los daños que el otro contratante le ha causado con su incumplimiento (arts. 77 Convención de Viena y 9:505 PECL). En la jurisprudencia española, SSTS, 1ª, 15.11.1994, 28.1.2000 y 23.5.2005.

En la STS 15.11.1994, Juan Manuel R.G. compró un billete de avión en una agencia de viajes para el trayecto Madrid-Bilbao. Juan Manuel R.G. pretendía pagar el billete con su tarjeta de crédito, pero lo tuvo que pagar en metálico debido a que su banco (Banco Hispano Americano, S.A.) había cancelado por error su tarjeta y tuvo que solicitar una nueva tarjeta. Por desgracia el avión se estrelló y el comprador del billete murió sin que su viuda (Encarnación M.A.) e hijos percibieran la indemnización de hasta 20 millones de pesetas – 120.202,42 €- procedente del seguro de viaje en medios de transporte públicos que el Banco había contratado con “La Estrella, S.A. de Seguros” a favor de sus clientes titulares de tarjetas VISA. Por este motivo Encarnación M.A. solicitó judicialmente que el Banco, “VISA España” y “Sistema 4B” le indemnizarán con los 20 millones que hubiera obtenido del seguro. Las sucesivas instancias conceden la indemnización (si bien, en apelación se absuelve a “VISA España”), pero el TS rebaja la indemnización a 10 millones de pesetas (60.101,21 €) basándose en que la víctima pudo haber contratado un seguro de viaje y no lo hizo.

- b) **Indemnización del interés contractual negativo o del daño a la confianza (*reliance damages*)**. Esta modalidad de la extensión indemnizatoria de daños pretende idealmente restituir a la parte perjudicada a la situación de utilidad de que disfrutaba antes de celebrar el contrato. No se comprenden, por tanto, en esta indemnización, los beneficios que la parte insatisfecha esperaba obtener del cumplimiento del contrato.

Teóricamente al menos (SSTS, 1ª, 16.5.1988 y 16.12.1999) es la extensión indemnizatoria que rige para los supuestos de responsabilidad precontractual, por ruptura injustificada de tratos preliminares y negociaciones contractuales. También, por tanto, en el caso de cartas de intenciones y documentos análogos sin valor contractual vinculante pero que suscitan la confianza razonable en la celebración del contrato, cuando de ellos deba – excepcionalmente, en principio- surgir alguna responsabilidad. La realidad de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha ido más bien por otros derroteros, sin embargo. Se inclina por las soluciones de todo o nada: o bien hay un verdadero precontrato o contrato definitivo, en cuyo caso la responsabilidad contractual es plena (cumplimiento forzoso o daño a la expectativa), o no los hay, en cuyo caso no habrá consecuencia indemnizatoria alguna: SSTS, 1ª, 4.7.1991, 3.6.1998, 5.4.1999, 14.6.1999, 11.4.2000, 28.4.2000, 20.4.2001, 22.10.2001, 19.10.2003 y 23.4.2004 (en sentido favorable a la existencia de acuerdo vinculante, SSTS, 1ª, 24.7.1998, 29.11.2000 y 23.3.2002). Aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo (sobre todo las SSTS, 1ª, 14.6.1999 y 16.12.1999) y de algunas Audiencias parecen apuntar a una relativamente amplia vía

intermedia entre la plena vinculación y la ausencia de efectos jurídicos (precisamente, la vía de la indemnización de las razonables inversiones en confianza), se está todavía lejos de contar con una alternativa creíble. Mucho más tras los arts. 708 y ss. LEC, que vuelven a poner el énfasis en la concurrencia o no de las condiciones esenciales para el acuerdo vinculante.

La indemnización del interés contractual negativo cubriría, al menos en teoría –sin duda el último componente será arduo de acreditar a menudo, e incluso la misma noción de coste de oportunidad puede ser difícil de aprehender en la práctica jurisprudencial y de trasladar a cuantías indemnizatorias:

- i. Los **gastos** que el contrato le hubiera ocasionado al perjudicado.
- ii. Las inversiones específicas que éste último hubiera realizado confiando en el cumplimiento del contrato (**inversión en confianza**).
- iii. El **coste de oportunidad** de haber celebrado el contrato.

En el sistema jurídico español se utiliza –de forma residual, por tanto, en el ámbito contractual- en los siguientes casos:

- i. *Anulación del contrato por defecto en el consentimiento contractual* (a salvo en los casos de dolo precontractual, en los que la interpretación jurisprudencial, así como la posición dominante en la literatura, que entiende que en tales casos la indemnización debiera permitirle a la parte perjudicada obtener la utilidad fraudulentamente prometida y luego negada³⁵).
- ii. *Responsabilidad precontractual*: para que proceda la indemnización por daños y perjuicios en supuestos de responsabilidad precontractual éstos deben ser probados por el contratante que los sufre, no se presumen por el mero hecho del incumplimiento del otro contratante. Esto plantea el problema de la indemnización de aquellas ganancias alternativas que se hubieran obtenido de no haberse celebrado ese contrato, pues son de difícil prueba. De hecho, la jurisprudencia es bastante restrictiva a la hora de reconocer indemnización por esta clase de conceptos, de forma que, realmente, lo que de ordinario se indemnizará como interés contractual negativo será la suma de los elementos numerados como i. y ii. más arriba³⁶.

³⁵ MORALES MORENO (1991, pp. 472 y 962).

³⁶ Lo anterior no pretende prejuzgar la bondad o no de indemnizar o dejar de indemnizar en los casos de responsabilidad precontractual las ganancias en un contrato alternativo. De hecho, una inclusión indiscriminada de tales ganancias puede hacer la indemnización del interés contractual negativo indistinguible de la del positivo, como ocurre cuando los mercados son perfectamente competitivos: COOTER y EISENBERG (1985, p. 1441). Una indemnización inferior, que cubra los gastos e inversiones específicas realizados puede bastar para disuadir las conductas indeseables en la negociación de un contrato que deben dar lugar a responsabilidad precontractual, que son esencialmente aquellas que pretenden –ilegítimamente- tomar ventaja de la vulnerabilidad creada por esas inversiones específicas: BEBCHUK y BEN-SHAHAR (2001, p. 423).

En los PECL se prevén en el art. 4:117, para casos de defecto en la formación del contrato:

“(1) A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage”.

- c) En cuanto al **cálculo de los daños y perjuicios**, el TS encomienda su cuantificación a los Tribunales inferiores y no revisa la cuantía que éstos establezcan salvo que sea manifiestamente absurda o desproporcionada (STS, 1ª, 15.12.2004).

En la STS, 1ª, de 15.12.2004, la entidad “Salones de Ocio y Recreo S.A.”, demandó a “Ripoche, S.A.”, solicitando que fuera condenada a indemnizarla por daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento voluntario del contrato firmado entre ambas. “Ripoche, S.A.” firmó con “Salones de Ocio y Recreo S.A.” un contrato para la gestión del juego de la sala de bingo de un hotel, acordándose un reparto de los beneficios de un 60% y una duración de 10 años. En el transcurso del contrato la Administración revocó a “Ripoche, S.A.” la licencia de juego por no haber realizado unas obras que debían de haberse realizado. “Salones de Ocio y Recreo, S.A.” demandó a “Ripoche S.A.”, solicitando indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenado a “Ripoche” al pago de las ganancias dejadas de obtener por “Salones de Ocio y Recreo, S.A.” durante un año, cuando en realidad restaba más de un año para la finalización del contrato. Dicha sentencia fue apelada por la parte demandante. La Audiencia estimó parcialmente dicho recurso, ampliando la indemnización. La demandante recurrió de nuevo en casación dicho pronunciamiento por considerar que no se le indemnizaba por otros conceptos tales como obras realizadas, pago de indemnizaciones por despido del personal, etc. El TS desestimó dicho motivo por considerar que no se explica la relación causal entre los daños cuya reparación pide y el incumplimiento del contrato por la actora, siendo esto fundamental para invocar la protección del art. 1101 CC. Igualmente desestimó el TS la solicitud de casación de la cantidad establecida como indemnización por lucro cesante, confirmando la cantidad establecida en primera instancia, reiterando así la doctrina del TS, según la cual la cantidad establecida por la instancia como indemnización por lucro cesante no es revisable en casación, salvo que sea ilógica, arbitraria o desmesurada.

Con independencia de lo anterior, hay que decir que el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios plantea algunos problemas que explican, aunque no justifican, la frecuente falta de acierto de los Tribunales al calcularlos. Además, los problemas de cálculo de los daños afectan decisivamente a la opción entre remedios de conducta y remedios monetarios.

Si la prestación no consiste en un bien único y tiene buenos sustitutivos en el mercado, es fácil valorar los daños y perjuicios, y la indemnización de daños y perjuicios es el remedio más aconsejable frente al incumplimiento. Ahora bien, si nos encontramos frente a un bien único la valoración de los daños y perjuicios se complica y hace que, a menudo, pueda resultar más aconsejable el cumplimiento en forma específica o forzoso. Por contra, si el contrato recoge prestaciones de hacer, vuelve a ser aconsejable, en

términos globales, la solución indemnizatoria de los daños y perjuicios, pues si se obligara a la parte incumplidora al cumplimiento en forma específica de la prestación sería difícil controlar la calidad de este cumplimiento, además del riesgo de incurrir en una conducta contractual forzada cuyo coste puede ser superior al valor que el resultado de tal conducta le reporta al otro contratante³⁷.

Por otra parte, la dificultad del cálculo de la indemnización también depende de factores de naturaleza personal. Así, el hecho de que el contratante que sufre el incumplimiento sea una persona física o una persona jurídica puede ser, junto con otros, un dato relevante con carácter general. Si se trata de una persona física, la indemnización de daños requiere de manera no infrecuente acercarse a su valoración subjetiva de la prestación, y ello es arduo, en teoría y también en la práctica, pues exige conjeturar su función de utilidad, lo que acarrea dificultades evidentes. Ello hace, al menos en términos comparativos, más atractivo el cumplimiento forzoso. En cambio, una persona jurídica no tiene función de utilidad o de bienestar a la que aproximarse – tan sólo funciones de ingresos y costes- lo que hace, al menos en términos relativos, más fácil tratar de acercarse razonablemente a su valoración de una determinada prestación (p. ej., acudiendo a la contabilidad y a los planes de negocio) y, en consecuencia, con carácter general resulta comparativamente más indicada la indemnización de daños y perjuicios.

¿Cuál es la situación global en otros sistemas jurídicos en cuanto a esta opción entre uno y otro remedio? En Europa, con la importante excepción de Alemania donde la preferencia por el cumplimiento en forma específica frente a la indemnización de daños y perjuicios es intensa y arraigada, antes y después de la reforma del incumplimiento del 2002, y acaso también de Francia, aunque por razones distintas, en la práctica parece que el remedio más empleado con carácter general frente al incumplimiento es la indemnización de daños y perjuicios, pero con un matiz importante: el cumplimiento en forma específica se prefiere para los contratos relativos a determinados bienes únicos, por ejemplo, los bienes inmuebles. La solución no es muy diferente en el Derecho de contratos de las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos.

Finalmente, en materia de cálculo indemnizatorio en la jurisprudencia española, parece oportuno señalar con preocupación el uso creciente por los Tribunales de la indemnización del daño moral contractual. Es perceptible una tendencia en la jurisprudencia del TS a conceder indemnización por daños morales como vía de escape a los problemas de cálculo de la indemnización y a las exigencias –derivadas de la tutela judicial efectiva- de explicitar en la resolución judicial, de modo que sea controlable la razonabilidad y no arbitrariedad del fallo judicial sobre el importe indemnizatorio, los criterios inspiradores de la determinación cuantitativa de los daños. Esto es especialmente preocupante en relación con personas jurídicas (así, en la STS, 1ª, de 20.2.2002).

³⁷ Sobre esta cuestión, SHAVELL (2006, p. 831).

En otras ocasiones (SSTS, 1ª, 17.2.2005 y 28.3.2005) la indemnización por daño moral contractual permite eludir –sin justificación– los límites al alcance de la indemnización impuestos por el art. 1107 del CC en términos de previsibilidad del daño contractual.

En la STS, 1ª de 28.3.2005, Aurelio demandó al Banco de Santander una indemnización de 150 millones de ptas. por los daños derivados de la entrega por el Banco, sucursal de Laredo, en un contrato de cambio de moneda, de billetes falsos de dólar estadounidense. Los daños se produjeron al viajar Aurelio a Cincinnati (Ohio, USA) e ingresar los billetes falsos en una entidad de crédito. Al ser detectados, Aurelio fue detenido, fichado e interrogado por agentes del Departamento del Tesoro norteamericano, lo que deterioró y provocó la ruptura de la relación sentimental que Aurelio mantenía con una ciudadana norteamericana. El Juzgado de Primera Instancia indemnizó los daños morales en 5 millones de ptas. La Audiencia de Santander entiende que sólo son indemnizables las molestias y humillación de la detención, y rebaja la cuantía a 650.000 ptas. Finalmente, el TS declara indemnizables los daños morales por todos los conceptos alegados por el demandante (esto es, ruptura de relación sentimental incluida) y fija un importe de 360.000 €. Creo que es indudable que, si bien el incumplimiento contractual del Banco de Santander es patente, también lo es que resulta radicalmente imprevisible que tal incumplimiento va a provocar la ruptura de una relación sentimental del cliente bancario.

3.3. Las cláusulas penales

La cláusula penal es una indemnización de daños y perjuicios que no se determina *ex post* por los Tribunales, sino que viene fijada por las partes *ex ante* en previsión de un incumplimiento del contrato. Generalmente se traduce en la imposición, caso de darse un incumplimiento, del pago de una cantidad de dinero, pero existen otras modalidades imaginables teóricamente cuanto utilizadas en la práctica contractual (SSTS, 1ª, 14.2.1992, 23.5.1997 y 18.7.2005). Así, por ejemplo, en un contrato parasocial entre accionistas no es infrecuente fijar una cláusula penal que permite a los restantes accionistas de una sociedad mercantil, en caso de incumplimiento del pacto por uno de los socios, comprar las acciones del accionista incumplidor por debajo del precio de mercado o valor económico de las mismas.

Las partes contratantes pueden establecer, al amparo de la autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1152 CC), sus propios remedios frente al incumplimiento. Tradicionalmente se conoce a esta posibilidad como pena convencional o cláusula penal, ya que, como se ha indicado, típicamente supone la previsión del pago de una cantidad de dinero que sanciona el incumplimiento (de todas o de alguna de sus obligaciones) por una o por ambas partes. Frente a las reticencias inveteradas en otros sistemas (Inglaterra, USA), que no autorizan las estipulaciones contractuales de daños superiores a los perjuicios previsibles en el momento de contratar, el CC³⁸ es permisivo frente a las penas convencionales, que pueden ser cumulativas o sancionadoras (art. 1153, 2º inciso CC; SSTS, 1ª, 18.4.1986, 12.1.1999 y 3.11.1999), si bien tal carácter es excepcional y debe resultar de la clara voluntad común de los contratantes expresada en el contrato.

³⁸ La legislación de protección del consumidor lo es mucho menos: art. 12.3.2º párrafo –aplicable a contratos de prestación continuada de servicios o suministro–, 17 bis, 18 y Disposición Adicional Primera LGDCU. Estamos aquí esencialmente ante el uso de penas convencionales como medio de erigir costes de alternancia (*switching costs*) en perjuicio de los consumidores: FARRELL y KLEMPERER (2007, sección 2.9).

El CC se limita a señalar que, salvo que se pacte como cumulativa o estrictamente sancionadora, la pena liquida o sustituye la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (arts. 1152-1153 CC; en parecido sentido, art. 56 CCom). Es incontable la jurisprudencia que recoge con claridad el carácter de norma general, de verdadera presunción legal, del carácter sustitutivo de la cláusula penal respecto de la indemnización de los daños y perjuicios (SSTS, 1ª, 20.5.1986, 18.10.1989, 19.12.1991, 14.2.1992, 29.11.1997, 6.5.1998 y 12.1.1999, entre otras muchas). Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización de daños al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso, y siempre y cuando el incumplimiento producido corresponda al supuesto de hecho de la pena pactada y no sea un incumplimiento de naturaleza distinta (por ejemplo, no restitución del bien adquirido tras la resolución del contrato, cuando la pena pactada lo era por el impago del precio: SSTS, 1ª, de 22.10.1990 y 7.12.1990). En la jurisprudencia, la inviabilidad de la reclamación del daño superior ha sido reconocida por las SSTS, 1ª, 15.12.1994 y 16.11.1992. Hay que advertir que, en los contratos de préstamo o equivalentes, la cláusula penal puede quedar sujeta a límites derivados de la legislación de usura, pero no en otros contratos (cfr. STS, 1ª, 22.12.2004). También en condiciones generales en contratos con consumidores (apartado 18 Disposición Adicional Primera LGDCU).

En los PECL, por el contrario, de forma menos permisiva, el art. 9:509 establece:

“(1) Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.

(2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.”

La pena convencional permite, dada la flexibilidad de su régimen, una mayor adaptación del montante del remedio frente al incumplimiento a las circunstancias peculiares de las partes y del entorno del incumplimiento. Así, se reconocen desde hace tiempo sus ventajas en términos de la distribución del riesgo de eventos inciertos que pueden afectar al coste y/o al beneficio de cumplir, cuando las partes no son puramente neutrales al riesgo³⁹. Con todo, en relación con las cláusulas penales, la cuestión más discutida, tanto desde el punto de vista teórico⁴⁰ como de la práctica contractual y litigiosa, sigue siendo la de la moderación judicial de la pena prevista. En Derecho español el precepto que gobierna esta cuestión en materia de pena

³⁹ POLINSKY (1983, p. 427).

⁴⁰ La literatura económica en materia de cláusulas penales y su limitación por los Tribunales es muy extensa. Ésta ha identificado dos buenas razones –junto a muchas malas– para la intervención judicial en la libertad contractual que tales cláusulas expresan: evitar que las penas convencionales se usen como barreras de entrada frente a futuros competidores o contratantes, de un lado, y evitar un exceso ineficiente de señalización contractual en entornos de información asimétrica entre contratantes y diversidad de ellos en uno de los lados del contrato. Una síntesis asequible de una literatura con frecuencia abstrusa en su expresión para los juristas, en EDLIN y SCHWARTZ (2003, p. 33).

convencional es el art. 1154 CC. Según esta norma, si el incumplimiento es parcial (y no es doloso, habría que presuponer) el Juez viene obligado a reducir la pena convencional⁴¹. Y si los órganos de instancia no cumplen con esta previsión y omiten reducir el importe pactado, nada impide que sea el Tribunal Supremo quien modifique la cuantía de la pena (SSTS, 1ª, 17.2.1997, 8.11.2002 y 17.6.2004).

Desde tiempo casi inmemorial, el Tribunal Supremo repite que la moderación no es facultativa sino obligatoria en los casos de cumplimiento parcial, irregular o defectuoso (SSTS, 1ª, 1.6.1995, 22.9.1997, 26.6.2000, 9.10.2000, 10.5.2001, 10.7.2001, 29.3.2004, 21.6.2004 y 27.4.2005). Lo no aclarado plenamente por la jurisprudencia del TS es cuándo el incumplimiento se calificará como parcial o irregular a los efectos de la moderación o, por el contrario, como el supuesto de hecho que permite una plena subsunción en la cláusula penal prevista por las partes (en cuyo caso no cabe la moderación: SSTS, 1ª, 29.11.1997, 15.11.1999, 10.5.2001, 21.11.2002 y 3.10.2005). Así, según la postura tradicional del Tribunal Supremo, si el contratante incumplidor, contemplando globalmente su conducta, había hecho algo en la realización de la prestación, entonces el cumplimiento ya sería calificable de parcial y procedería la moderación.

Sin embargo, una segunda postura está firmemente ganando terreno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Según ésta, la pena convencional responde a un supuesto de hecho específico, por lo que hay que verificar en qué medida se ha dado o no este supuesto de hecho específico para el que se ha previsto la pena convencional con el fin de determinar si el incumplimiento es parcial o total (SSTS, 1ª, 5.12.2003, 29.1.2004 y 11.5.2004). Si concurre el supuesto de hecho previsto en toda su extensión, no cabría la intervención judicial moderadora.

Por ejemplo, imaginemos que se ha previsto una pena convencional de 1.000 € por día de retraso y si el retraso supera los seis meses se faculta a la otra parte contratante para resolver el contrato con derecho a una indemnización de un millón de euros. En este caso, queda claro que el supuesto de hecho al que responde la pena convencional es el retraso en el pago, por lo que aunque se pague si se paga tarde el incumplimiento es total y no parcial (respecto del previsto en el contrato como supuesto de aplicación de la pena). Así, si el contratante incumplidor paga a los 3 meses, se le aplicará una pena convencional de 90.000 € a razón de 1.000 € por día ($90 \text{ días} \cdot 1.000 \text{ €} = 90.000 \text{ €}$). Y esta pena no podrá ser moderada por el juez valorando que, aunque tarde, el contratante incumplidor pagó.

3.4. La resolución por incumplimiento

Este remedio permite al contratante víctima del incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, eliminando o resolviendo la eficacia del mismo, como medio de reaccionar ante un incumplimiento cualificado del mismo por parte del otro contratante (en los PECL el art. 9:301 lo define como *fundamental non-performance*). En Derecho español, con toda claridad, su elección por el comprador no obsta a su uso conjunto con

⁴¹ La fórmula legal española es, sin duda, restrictiva. Otros sistemas jurídicos, incluso de los tolerantes con las cláusulas penales, como es el caso alemán, y al contrario que el español, prevén de forma general la posible reducción de las desproporcionadamente altas (§343 BGB), salvo que el contratante incumplidor sea un comerciante en ejercicio de su actividad (§348 HGB).

alguno de los otros remedios –lógicamente sí con otros, como el cumplimiento específico– notablemente con la indemnización de daños y perjuicios: art. 1124 CC. El contratante insatisfecho que resuelve el contrato podrá igualmente obtener la indemnización de aquellos perjuicios que la restitución de prestaciones que, normalmente, acompañará a la resolución, no esté en condiciones de eliminar para colocar al contratante en la situación de utilidad que tras la plena realización del contrato hubiera podido aprovechar⁴².

Así, en caso de incumplimiento (aunque no de todos, como se verá), la parte contractual que lo sufre está legitimada a resolver el contrato, es decir, a privarle de efectos quedando desligada de los compromisos asumidos y pudiendo demandar de la incumplidora la restitución de las prestaciones realizadas hasta entonces (más los daños y perjuicios en el interés de cumplimiento, como ya se ha mencionado): arts. 1124, 1486, 1504 CC, 49 y 64 Convención de Viena, 3 Directiva 99/44. Al igual que en otros sistemas jurídicos (Alemania) y en los PECL [art. 9:303 (1)] la resolución puede realizarla por sí, en declaración no sujeta a forma (salvo el caso del art. 1504 CC) la parte perjudicada (SSTS, 1^a, 17.1.1986, 15.11.1999 y 6.10.2005), pero si se discute por la otra parte, se requiere declaración judicial previa acción o reconvenición de la parte perjudicada por el incumplimiento (STS 15.11.1999, 10.7.2003 y 29.10.2003)⁴³.

Pero no siempre que hay incumplimiento puede el contratante insatisfecho acudir a privar de eficacia al contrato mediante su resolución. La Convención de Viena –aunque también prevé la resolución para la falta de entrega en el plazo suplementario de cumplimiento fijado por el comprador– exige *fundamental non performance*, y lo mismo ocurre en los PECL, arts. 9:301 y 8:103. Esta misma es la posición que ha mantenido desde muy antiguo el Tribunal Supremo español: no todo incumplimiento es incumplimiento resolutorio. El incumplimiento ha de venir cualificado por ciertos elementos que el propio Tribunal Supremo se ha venido encargando de perfilar y de complicar en una enorme serie de sentencias. Dado que aún hoy los incumplimientos de compraventas de inmuebles constituyen un alto porcentaje de los casos de incumplimiento que llegan al Tribunal Supremo, no es de extrañar que la resolución sea el remedio estrella, en términos cuantitativos, en esta jurisprudencia. En materia de inmuebles, el remedio resolutorio es, típicamente, para el vendedor, satisfactorio y atractivo, dada la real revalorización de los activos inmobiliarios producida en España al menos en los últimos 25 años.

Sería tedioso resumir siquiera los rasgos esenciales de esta jurisprudencia, pero algunas indicaciones pueden resultar expresivas de la variedad y alcance de la misma. El incumplimiento resolutorio ha sido caracterizado por el Tribunal Supremo en términos como los que siguen:

- Contumaz (STS 1.3.2000)
- Rebelde (STS 16.2.2000)

⁴² Esto es, la indemnización del interés contractual positivo: PANTALEÓN PRIETO (1989).

⁴³ Sobre estas cuestiones, incluida la evolución jurisprudencial española en la materia, sobre la base de un tenor literal del art. 1124 CC no muy expresivo en favor de la solución que finalmente ha prevalecido, véase SAN MIGUEL PRADERA (2004, pp. 353 y ss. y 481 y ss.).

- Frustrante del fin específico perseguido por las partes (SSTS 4.3.1999, 5.11.1999, 12.11.1999, 3.4.2000, 9.3.2005)
- Pertinaz y reiterado (STS 26.4.2000)
- Grave y esencial (STS 23.5.2000)
- Real, injustificado y apoyado en hechos (STS 6.6.2000)
- De prestación principal (STS 23.5.2000, 19.1.2005).
- Importante para la economía del contrato (STS 25.6.1999).
- Objetivo e inequívoco (SSTS 26.10.1999, 4.12.1999).
- Con voluntad obstativa al cumplimiento (SSTS 17.3.1999, 8.4.1999)
- De obligaciones básicas que afectan al núcleo central del contrato (STS 28.4.1999).

Por otra parte, está claro que no cabe resolución por los meros retrasos (SSTS, 1ª, 15.11.1999, 28.9.2000, 11.6.2002; excepcionalmente sí, si sus causas son atribuibles a una sola de las partes y el retraso expresa de forma voluntaria e injustificada una posición reticente a cumplir: STS 26.4.1999). No se prevé⁴⁴ en el Derecho de contratos español, al contrario de lo que ocurre en la Convención de Viena (art. 47), en los PECL (arts. 8:106 (3) y 9:301 (2)) y en el Derecho alemán (§ 323.I BGB) la elevación del retraso a incumplimiento esencial y resolutorio concediendo al moroso un periodo adicional para el cumplimiento, si este plazo tampoco se respeta. Tampoco cabe resolución por incumplimientos meramente parciales (SSTS, 1ª, 26.11.1999, 17.1.2000) o relativos a deberes accesorios, tangenciales o adicionales (SSTS, 1ª, 28.4.1999, 9.10.1999 y 23.12.1999), si bien el Tribunal Supremo últimamente (STS, 1ª, 11.4.2003) ha admitido la resolución por incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, si éstas habían sido elevadas, por pacto entre las partes, a causa resolutoria. Tampoco cuando el que pretende resolver (o su condueño, en compraventa de cosa indivisible) no es fiel cumplidor de lo pactado (SSTS, 1ª, 14.1.1999, 6.2.1999, 16.2.1999, 25.6.1999, 5.7.1999, 15.7.1999, 29.1.2000, 14.7.2003, 6.10.2005 y 18.7.2005). Si ambos incumplen, no es admisible la resolución unilateral por parte de ninguno de ellos en solitario (STS, 1ª, 29.7.1999).

De lo anterior, acaso cabe inferir, de modo inductivo, algunos rasgos: (i) relevancia: el incumplimiento ha de ser serio, por afectar a deberes o conductas principales, y no accesorias o auxiliares; (ii) duración: el incumplimiento ha de ser duradero, no meramente episódico u ocasional; (iii) importancia: el incumplimiento ha de repercutir de modo apreciable sobre el interés contractual de la parte insatisfecha ; (iv) inocencia: la parte que pretende la resolución debe hallarse libre de conductas incumplidoras previas.

También en materia de la *exceptio non adimpleti contractus*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no autoriza a emplear la *exceptio* sino como reacción a defectos de prestación que presenten cierta entidad: SSTS, 1ª, 21.3.1991, 8.6.1996 y 16.12.2005.

Las consecuencias de la resolución en el Código civil son, tradicionalmente, las de una condición resolutoria, señaladamente:

⁴⁴ Si bien existen opiniones proclives a su introducción: SAN MIGUEL PRADERA (2004, pp. 477 y ss.).

- i. Se priva de efectos –retroactivamente- al contrato (art. 1124 en relación con el art. 1114 CC), como si este no se hubiera celebrado. Ésta es una interpretación sólidamente asentada y mantenida hasta hoy en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, 1ª, 21.6.2002, 5.12.2003, 18.10.2004, 1.7.2005 y 27.10.2005)⁴⁵.
- ii. Se deben restituir las prestaciones (art. 1123.1 CC). Los dos efectos anteriores (ineficacia contractual retroactiva y restitución de prestaciones sólo se excepcionan cuando se trata de contratos de ejecución continuada o periódica, en cuyo caso los efectos resolutorios no serían *ex tunc*).
- iii. Además, de acuerdo con el art. 1124 CC, se añaden los daños y perjuicios: la parte incumplidora deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la parte que resuelve (con la extensión del interés contractual positivo, como se ha visto: STS, 1ª, 12.5.2005).

En otros sistemas jurídicos que han afrontado más recientemente la cuestión (Alemania⁴⁶), así como en los PECL (art. 9:305), la resolución no priva retroactivamente de efectos al contrato, sino que el efecto es tan sólo *ex nunc*: puede haber obligación restitutoria, pero se permite que cláusulas del contrato como las de derecho aplicable o jurisdicción, o cláusulas penales, mantengan su vigencia aún después de resuelto el contrato.

4. La influencia de la práctica angloamericana: manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas y remedios frente al incumplimiento

En el marco de los remedios generales frente al incumplimiento, una buena piedra de toque⁴⁷ del funcionamiento de este sistema de remedios viene dada por los supuestos de incumplimiento –en sentido lato- asociados a las cláusulas de manifestaciones y garantías que hoy acompañan a cualquier adquisición de empresa –de volumen simplemente mayor que modesto- realizada en España. Tales cláusulas son importaciones relativamente recientes en la práctica contractual española, procedentes de los modelos contractuales ingleses y norteamericanos. No hay normas en el Código civil ni en otros textos normativos que se ocupen de ellas, pero ya hay nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁸ que se ha

⁴⁵ En sentido crítico, abogando por posiciones similares a las que luego se recogen en el texto, PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1734).

⁴⁶ ZIMMERMANN (2005, p. 73).

⁴⁷ El Derecho de contratos, y el del incumplimiento, como parte esencial del mismo, han de acreditar su músculo en las relaciones o intercambios en los que la fuerza de los mercados (perfectos, o razonablemente aproximados a la estilización que es el mercado perfecto) no son capaces de por sí de asegurar la adecuada cooperación entre los contratantes: allí donde hay problemas de información sobre el objeto o circunstancias del intercambio y donde los eventos futuros juegan papel relevante. El Derecho de contratos (no así el de responsabilidad de producto, o el de competencia desleal, o el de protección del consumidor, o el regulatorio de los respectivos mercados) es, en la práctica, irrelevante en los mercados de consumo de bienes masivos de pequeño valor, o en las transacciones bursátiles. Muy al contrario que en la adquisición de empresa, en el contrato de distribución, o en el contrato de trabajo, donde los problemas de información y de incentivos para el futuro son rampantes. Véase, sobre esto, GÓMEZ POMAR (2007).

⁴⁸ Estas decisiones son: SSTS, 1ª, 30.6.2000, 19.1.2001, 18.12.1999, 11.7.2000, 12.3.1999, 16.11.2001, 3.12.2003, 19.7.2004 y 1.9.2006.

ocupado de contratos que contenían, más o menos explícitamente, cláusulas de esta clase, y ya han sido objeto de cierta atención doctrinal y, no digamos ya, profesional.

Se las podría caracterizar, de modo general, como proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o predicciones de eventos futuros, y que un contratante (típicamente, el vendedor) hace y dirige a la otra parte, con la intención de que tengan efecto jurídico, en principio favorable a esta segunda.

Aun cuando su alcance y consecuencias se reconducen esencialmente a una cuestión interpretativa de la voluntad contractual para cada manifestación o garantía concreta, en términos globales podemos entender, siguiendo la correcta taxonomía de CARRASCO⁴⁹, que generalmente cabría señalar la presencia de cuatro grandes tipos en los contenidos habituales de tales manifestaciones y garantías:

- a. Promesas de conducta futura del vendedor o garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras.
- b. Declaraciones del vendedor acerca de la existencia o subsistencia de ciertos hechos, pasados o presentes.
- c. Declaraciones del vendedor por las que manifiesta su creencia en ciertos eventos o estados del mundo en el futuro.
- d. Declaraciones acerca del valor y trascendencia de las propias manifestaciones y garantías o de algunas de ellas (metamanifestaciones).

Las consecuencias de cada uno de estos distintos tipos de cláusulas, en términos de la caracterización del incumplimiento, así como de los remedios disponibles, pueden variar de modo apreciable. Para las manifestaciones del apartado a), si se da una de las contingencias negativas cubiertas por las garantías contractuales del vendedor, o no se produce la conducta prometida, parece indudable que el vendedor incumple el contrato y, además, de modo imputable –salvo, probablemente, que pudiera acreditarse un evento calificable como fuerza mayor o caso fortuito- y queda sujeto a la responsabilidad contractual correspondiente al incumplimiento. La sujeción del vendedor, en este caso, a los remedios del incumplimiento contractual, sería plena. Por ejemplo, caso de ser posible, no desproporcionado, y ajustado a la satisfacción del interés del comprador, cabría exigir el cumplimiento específico de la conducta o resultado garantizados. La indemnización de daños y perjuicios por la no ejecución de la conducta, o inexistencia del estado del mundo cuya realización se garantizó, habría de cubrir todo el daño contractual derivado de la contingencia aparecida, aunque desde luego con sujeción –salva su exclusión por la voluntad concorde de las partes- a los límites generales de la indemnización contractual, esto es, previsibilidad del daño, concurrencia de culpas, y mitigación razonable de las consecuencias perjudiciales del incumplimiento, aquí, la falta de acaecimiento de la situación asegurada. Algunos han avanzado la opinión de que la existencia de garantía explícita permitiría superar el límite indemnizatorio del art. 1107.1 CC. No creo que ello sea así, porque entiendo que la previsibilidad a la que se refiere esta norma es la de

⁴⁹ CARRASCO PERERA (2004, pp. 257 y ss.).

las consecuencias de daño para el acreedor, no la de la contingencia o acaecimiento dañoso en sí.

Caso de cumplirse con los requisitos de esencialidad del incumplimiento, en los términos sintetizados más arriba, cabría también la resolución del art. 1124 CC: STS, 1ª, 30.6.2000. Sin embargo, de hecho, si observamos los casos que se han suscitado en el Tribunal Supremo, el remedio resolutorio es abiertamente excepcional en los casos de compraventas de empresas en las que aparecen contingencias negativas que afectan al valor de la misma, o que fueron contempladas en el clausulado de manifestaciones y garantías. Lo anterior plantea, con claridad, algunas de las ventajas y desventajas comparativas de la resolución como remedio frente al incumplimiento. Antes del intercambio de prestaciones o de la ejecución de conductas contractuales, la resolución es una medida socialmente poco costosa, desde el punto de vista social y económico: no es preciso incurrir en costes adicionales para que las partes se limiten a no hacer o dar lo previsto, desligándose del compromiso contractual. No en balde los casos de *anticipatory breach* son proclives al uso del remedio resolutorio (p. ej. art. 72 Convención de Viena). Sin embargo, tras la materialización de conductas contractuales, el remedio resolutorio cambia radicalmente a estos efectos. De ser inocuo puede pasar a ser letal. Deshacer lo realizado, permitiendo a las partes obtener la restitución, puede suponer costes de enorme magnitud. En el caso de una compraventa de empresa, el remedio resolutorio puede resultar costosísimo en la práctica, dada la complejidad de deshacer una operación de adquisición en muchas circunstancias. En ocasiones nada infrecuentes, puede ser, sin más, inviable: piénsese, por ejemplo, en el caso en que el comprador haya fusionado la empresa adquirida con otras que ya eran suyas, y se haya producido una integración productiva entre las mismas. Pero incluso aunque la vuelta atrás en la operación fuera factible, los altos costes desaconsejan, en línea de principio, que el sistema jurídico acuda al remedio resolutorio. De hecho, puede abrir una poderosa vía al comportamiento oportunista post-contractual del comprador, pero también del vendedor.

La amenaza de valerse del oportunismo *ex post* no siempre es indeseable, en ámbitos de bienes de consumo, a fin de redistribuir una parte del excedente contractual a favor del consumidor, penalizando con precios más bajos a los vendedores con poder de mercado⁵⁰. Pero en una compraventa de empresas, esta eventualidad está fuera de lugar. El uso estratégico del remedio resolutorio, por los costes que su ejercicio efectivo puede generar, es en la compraventa de empresas un riesgo con mucha frecuencia inasumible. Por ello es recomendable restringir razonablemente su uso por parte del comprador, y rechazar con firmeza su -falsa y tendenciosa, pues su ejercicio aún sería peor para el vendedor- alegación como medio de defensa por parte del vendedor frente a una reclamación de daños y perjuicios del comprador fundada en el art. 1101 CC. El dinero es un remedio socialmente más barato que una reestructuración societaria.

En cuanto a las manifestaciones encuadrables en el apartado b), la responsabilidad del vendedor presentaría algunas diferencias de matiz. No sería aquí inmediata y directa, como en el apartado a), sino que resultaría de la falsedad o inexistencia de los hechos, circunstancias

⁵⁰ Véase, STREMITZER (2007).

o cualidades declaradas como existentes y ciertas. Probadas aquellas por el comprador, el vendedor asume ese riesgo, aunque no se pueda acreditar la intención fraudulenta o el dolo en sentido estricto, ni siquiera la negligencia en el desconocimiento de la realidad. Las consecuencias indemnizatorias serían entonces plenas, desplazando sobre el vendedor la totalidad de los daños y perjuicios resultantes de la falsedad (indemnización del daño a la expectativa, pues), aunque desde luego con los límites de la previsibilidad, la mitigación a cargo del comprador y la concurrencia de culpas, en su caso. El Tribunal Supremo ha considerado, en casos de falsedad de este tipo de manifestaciones, que estamos ante un verdadero incumplimiento contractual, que faculta al contratante a quien se dirigieron las manifestaciones y garantías, a acudir a los remedios de los arts. 1101 y 1124 CC (SSTS, 1ª, 30.6.2000 y 19.1.2001). En el primer caso, se trataba de una declaración por parte del Estado – vendedor- de que “Industrias Tauro, S.A.”, parte del expropiado holding *Rumasa*, contaba con todas las licencias necesarias para la plena ejecución de su actividad como empresa, lo cual no era cierto, pues la licencia municipal de apertura había sido denegada por el Ayuntamiento de Madrid. En el segundo, el vendedor había declarado que las cuentas de la sociedad recogían la imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa vendida, y que no existían otras contingencias asociadas a eventuales incumplimientos de las obligaciones tributarias de la sociedad que las que las cuentas reflejaban, lo cual resultó igualmente inexacto, como se comprobó al reclamar la autoridad tributaria ciertas cantidades por impuestos impagados.

En cuanto a las declaraciones de creencia del apartado c), aun cuando no hay, de momento, jurisprudencia en la materia, parecería, en principio, coherente entender que la responsabilidad del vendedor en caso de no darse el estado del mundo en el cual se ha hecho manifestación de creencia, exigiría no sólo la prueba de la inexistencia del estado del mundo, sino además que la declaración se hizo de mala fe por parte del vendedor o, al menos, de forma notoriamente irrazonable o negligente, y que el comprador ha podido razonablemente confiar en que la declaración de creencia se formuló en condiciones de buena fe y diligencia.

En cuanto a las manifestaciones del apartado d), ¿cuál sería su trascendencia en términos de consecuencias jurídicas? Depende mucho del contenido de tales metamaneifestaciones, pues no es lo mismo la que contiene una declaración del vendedor de que está dando toda la información que posee de buena fe, que la que establece que todas y cada una de las manifestaciones y garantías es presupuesto esencial de la decisión del comprador de celebrar el contrato.

Esta última previsión supone una regla (interpretativa e, incluso, probablemente, presuntiva) útil para el comprador, pero no asegura que se vaya siempre a considerar esencial *ex post* por el Tribunal, en caso de disputa, toda falta de veracidad de una declaración, o toda inexistencia de una circunstancia o hecho contenidos en una manifestación del vendedor. Si de hecho se puede acreditar la falta de esencialidad, o el carácter accesorio de un hecho, la pura declaración genérica de esencialidad de la metamaneifestación no prevalece sobre la realidad. Ahora bien, la inessentialidad en este caso habría de ser probada por el vendedor.

La inclusión de una circunstancia en una manifestación de las de los apartados a), b) y c), junto a la declaración genérica de esencialidad, ¿permite además entender que hay

incumplimiento resolutorio si no se da el hecho, de forma que el comprador podría –de nuevo, con las cautelas generales ya expresadas frente al remedio resolutorio en la compraventa de empresa- resolver la adquisición? No en todo caso y, tal vez, ni siquiera con frecuencia. Por ejemplo, si el comprador conocía la circunstancia negativa, no cabe la resolución: STS, 1ª, 2.12.1999, de la misma forma que no procede la garantía por gravámenes ocultos del art. 1483 CC, ni la anulación por error del art. 1266 CC, si el adquirente conocía efectivamente la carga o ésta era de conocimiento público, aunque la cosa se hubiera vendido como libre de cargas: SSTS, 1ª, 3.3.2000, 19.7.2006 y 17.11.2006. Otra cosa es que el comprador no tuviera efectivo conocimiento ni oportunidad de conocer, aunque la información negativa fuera teóricamente de conocimiento general: SSTS, 1ª, 22.5.2006 y 17.7.2006. Sí ofrece, sin embargo, tal manifestación una base para presumir, al menos salvo prueba en contrario, que la presencia de una contingencia negativa expresamente prevista afecta de forma esencial y grave al interés de cumplimiento del comprador y que éste podría, en principio, resolver. Con cautela, sin embargo: no toda manifestación y garantía es un seguro de resolución, ni debe entenderse como tal.

A la vista de estas consideraciones, ¿hay ventajas en conjunto, para el comprador –la parte contractual típicamente con menos información sobre las circunstancias relevantes que afectan a la empresa objeto de adquisición-, de la inclusión en el contrato definitivo –y no sólo en las cartas de intenciones- de cláusulas de manifestaciones y garantías, o es puro mimetismo irreflexivo de pautas y modelos contractuales angloamericanos? En conjunto, entiendo que sí hay varios efectos positivos reseñables para el comprador, incluso en un sistema contractual como el español, con fuerte inclinación a imponer deberes de declaración precontractual y con un sistema flexible de remedios por incumplimiento, tal y como se ha presentado en las secciones anteriores:

- i) Permite eliminar casi por entero el riesgo –pequeño, es cierto- de que la contingencia negativa se considere única y meramente vicio oculto (y no *aliud pro alio* u otro supuesto que permita el empleo de los remedios generales frente al incumplimiento), con los consiguientes inconvenientes en términos de plazos de caducidad y de limitación de los remedios a la estimatoria y la redhibitoria, salvo que se pueda acreditar la mala fe del vendedor (art. 1486 CC). La previsión explícita permite entender que la contingencia es relevante y potencialmente grave para el interés del comprador, lo que excluiría la consideración como vicio oculto y evitaría la aplicación del poco atractivo –para el comprador- régimen de los vicios ocultos en Derecho español (SSTS, 1ª, 17.7.2000, 26.9.2000, 10.10.2000, 27.2.2004, 4.4.2005 y 16.5.2005).
- ii) Permite mitigar los riesgos de una *due diligence*⁵¹ poco efectiva. La *due diligence* puede volverse contra el propio comprador si, a pesar de la ocasión de apreciar la eventualidad de la contingencia, ésta no se advierte adecuadamente. Puede ocurrir entonces que los riesgos de la contingencia conocible *ex ante* pero no descubierta, por negligencia, por el comprador, se coloque a su cargo (SSTS, 1ª, 8.7.1994, 12.6.1997,

⁵¹ La expresión *due diligence* es el término común utilizado para referirse a la indagación organizada y llevada a cabo por los asesores legales del potencial comprador, relativa a la situación de la empresa objeto de adquisición y sus riesgos económicos y jurídicos. Véase HALLETT CHARRO (2004, p. 145 y ss.).

3.3.2000, 18.4.2000 y 17.11.2006). Si hay manifestaciones y garantías explícitas de inexistencia de hechos o contingencias negativas, que luego aparecen, hay una base sólida para defender la existencia de dolo precontractual del vendedor en relación con la contingencia cubierta por la manifestación del vendedor y, en todo caso, atribución de cualidades al objeto del contrato que supondría falta de conformidad de lo entregado con el contrato. Ahora bien, el riesgo no se elimina. Si el comprador conocía la contingencia negativa, y tal hecho puede ser acreditado convincentemente por el vendedor, será difícil pretender el incumplimiento de éste (cfr. art. 3.4 Ley 23/2003; SSTS, 1ª, 8.7.1994, 12.6.1997 y 2.12.1999) salvo que se hubiera previsto una obligación o garantía expresa del vendedor dirigida a la eliminación de la contingencia o a la indemnidad del comprador en todo caso. Otra cosa distinta es que el comprador no la conociera y haya sido tan sólo incauto, o en exceso inocente. Aquí, no debe prevalecer quien manifiesta una circunstancia inexistente y que conoce, o no puede desconocer sin grave negligencia, y quien confía en tal declaración, aunque sea con cierta *simplicitas*, en expresión del TS (SSTS, 1ª, 15. 6. 1995 y 27.11.1999).

Sin embargo, y a pesar de estas matizaciones, la inclusión de las manifestaciones y garantías mejora la posición del comprador en relación con la que disfrutaría en ausencia de las mismas. De no existir tales manifestaciones explícitas, la responsabilidad del vendedor podría, acaso, tener que fundarse en el (poco atractivo) régimen de los vicios ocultos de la cosa vendida, o en el dolo omisivo del vendedor: existencia de una reticencia dolosa del vendedor que ocultó información al comprador cuando debía haberla revelado. En cambio, en las manifestaciones y garantías el vendedor realiza una afirmación explícita sobre el objeto del contrato, que generará su responsabilidad por la inexistencia del hecho o la circunstancia (o su existencia, si la manifestación se refería a un suceso negativo), y ello aun cuando no se pueda probar por el comprador el fraude, la intención dolosa o, incluso, el mero conocimiento del hecho por parte del vendedor.

- iii) Permite alejar el riesgo de que una contingencia negativa pueda considerarse no afectante al objeto principal del contrato (cuestión ésta especialmente importante en contratos cuyo objeto inmediato son acciones o participaciones sociales y no se refieren directamente a bienes o activos físicos). Cuando hay manifestación explícita sobre los bienes o activos de la sociedad, aunque el contrato no verse de forma inmediata sobre ellos, sino sobre las acciones o participaciones de la sociedad titular de tales activos, la falsedad genera, en principio, responsabilidad, incluso por conducta que cabría encuadrar en el dolo *in contrahendo* [STS, 1ª, 30.6.2000; MORALES MORENO (1991, pp. 961)].
- iv) En caso de resultar aconsejable para el comprador la calificación de la contingencia como vicio oculto⁵² y el sometimiento a su régimen, la inclusión de una manifestación y

⁵² Lo cual muy improbablemente será el caso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, 1ª, 30.6.2000, 19.1.2001) nos muestra cómo son precisamente los vendedores, caso de aparecer una contingencia negativa sobre la empresa adquirida, quienes tratan de enmarcar el debate jurídico bajo la óptica del saneamiento, y no bajo la de los remedios generales frente al incumplimiento. De hecho, muy raramente, a tenor de la jurisprudencia, los compradores insatisfechos pretenden remedios distintos de la indemnización de daños o el

garantía explícita del vendedor relativa a un evento o circunstancia determinado puede tener un doble efecto positivo para el interés del comprador: de un lado, eludir la presunción de conocimiento del comprador experto ex art. 1484 in fine CC; de otro, facilitar la prueba de que el vendedor debe ser equiparado a un vendedor de mala fe⁵³ – con las ventajas que ello reporta, al añadir la indemnización de daños y perjuicios por causa de dolo al arsenal de remedios del comprador- pues atribuyó cualidades o aseguró elementos o circunstancias que no existían en la empresa vendida, lo cual puede equipararse, si hay temeridad, ignorancia inexcusable o imputación de conocimiento debido, a conocimiento del vendedor de la inexistencia o inexactitud de la contingencia garantizada.

- v) Permite, por último, concretar lo que no son sino alguno de los atractivos generales de la libertad contractual, señaladamente la de adaptar la previsión de hechos y circunstancias relevantes para las partes, y sus consecuencias jurídicas, a las preferencias de las partes y a lo que, si no ha habido anomalías en el proceso de formación y expresión de la libertad contractual, supone la creación de valor conjunto para las partes derivado de la operación.

Las manifestaciones y garantías que forman parte principal de los contratos de compraventa de empresa presentan, a la vista de lo anterior, variantes importantes en su relación con la realización del propósito contractual conjunto de los contratantes, y se ajustan de manera diferenciada a las estrategias contractuales de realización de valor que las partes persiguen. Parece que sólo un Derecho del incumplimiento contractual con supuestos de aplicación amplio y flexible, y con un sistema de remedios frente al incumplimiento adaptable a las diversas circunstancias que afectan a la negociación, celebración y cumplimiento del contrato, y a los deseables incentivos de conducta de los contratantes, está en condiciones de ofrecer un marco normativo útil para mejorar la eficiencia de los intercambios en este sector.

ajuste, conforme a esquemas acordados por las partes en el contrato, del precio pagado, aunque en alguna ocasión el comprador ha pretendido la anulación por dolo (SAP Albacete, 31.3.1999). Sin embargo, como posibilidad teórica no es descartable del todo que al comprador pueda interesar acudir al art. 1486 CC, si la contingencia es fácilmente calificable como vicio oculto y la redhibición o la reducción del precio le resultan atractivas para eliminar las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento.

⁵³ Sobre esta equiparación, véase MORALES MORENO (1991, p. 961).

5. *Tabla de sentencias citadas*

Tribunal Constitucional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 17.10.1991	RTC 1991\194	Fernando García-Mon y González Regueral	José Antonio c. "Hullera Vasco-Leonesa, S.A."

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 18.1.2007	529	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A." c. Juan Enrique, José Ramón, David, Teresa, Diana, "Juguetes Feber, S.A.", "Comercial Roiffer, S.A." y "Creatividad y Diseño, S.A."
STS, 1ª, 29.12.2006	1714	Vicente Luis Montes Penades	"Autocares R. Font, S.A." c. "Martí & Renom, S.A."
STS, 1ª, 17.11.2006	8932	Vicente Luis Montes Penades	José Luis y Edurne c. Diego y Juana
STS, 1ª, 20.10.2006	9372	Alfonso Villagómez Rodil	Juan María c. "Banca Jover, S.A." y "Banco de Santander, S.A."
STS, 1ª, 1.9.2006	6065	Francisco Marín Castán	"Mallorca Motor S.A." c. Ernesto, "Patrimonios del Sol S.A." y "Colomar Automóviles S.A."
STS, 1ª, 19.7.2006	3993	Román García Varela	Javier c. Ángel, Lidia, Fátima y Marisol
STS, 1ª, 17.7.2006	5347	José Almagro Nosete	Donato c. Marta
STS, 1ª, 22.5.2006	3280	Antonio Salas Carceller	"Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel Sud Méditerranée" c. "Ritmar, S.A."
STS, 1ª, 20.12.2005	291	Vicente Luis Montes Penades	"Tudela de Construcción, S.A." c. "Lasuen e Hijos, S.L.", Silvio y "Aseguradora Hermes, S.A."
STS, 1ª, 16.12.2005	153	Pedro González Poveda	"Promociones y Construcciones Soymon, S.L." c. "La Compañía Levantina de Edificación y Obras Públicas, S.A."
STS, 1ª, 27.10.2005	7356	Pedro González Poveda	Abelardo y Armando c. Benedicto y Elisa
STS, 1ª, 20.10.2005	8596	Jesús Corbal Fernández	Héctor, Santiago, Juan Carlos, Cristóbal, Leonardo, José Pablo y Alberto c. "Juvimán, S.L."
STS, 1ª, 13.10.2005	7235	José Antonio Seijas Quintana	"Editorial Planeta Agostini, S.A." c. "Bebidas de Barcelona, S.A." y "Cítricos y Refrescantes, S.A."
STS, 1ª, 10.10.2005	8577	Jose Ramón Ferrándiz Gabriel	Daniela c. "Calp Garden, S.A.", Constantino y Rubén
STS, 1ª, 6.10.2005	6917	Pedro González Poveda	"Machines Games, S.A." y "Palco, S.A." c. Rogelio
STS, 1ª, 3.10.2005	7099	Antonio Salas Carceller	"Texaco Petrolífera, S.A." c. "Radial 4 de Combustibles, S.L."

STS, 1ª, 21.9.2005	8863	Encarnación Roca Trías	Rocío y "Aerobic Gym, S.L." c. José Pedro
STS, 1ª, 18.7.2005	5480	Román García Varela	Luis Carlos y Claudia c. Romeo, Jesús y Santiago
STS, 1ª, 13.7.2005	5098	Encarnación Roca Trías	Comunidad de Propietarios c. "Noriega, S.A."
STS, 1ª, 1.7.2005	5090	Antonio Gullón Ballesteros	Jorge y Estela c. "Construcciones Majo, S.A."
STS, 1ª, 23.5.2005	6364	Francisco Marín Castán	"Maxcrest Limited" c. "Tradición Textil, S.A."
STS, 1ª, 16.5.2005	6374	Román García Varela	"Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja" c. "Construcciones Zenón Hernaiz, S.A.", "Promociones Riojanas, S.A.", "Procas 90, S.L.", Claudio y Luz
STS, 1ª, 12.5.2005	6377	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Ramón c. José Pedro
STS, 1ª, 27.4.2005	3769	Alfonso Villagómez Rodil	"Construcciones Jesús Villar Quintana, S.A." c. "Bollería López Ortíz, S.L."
STS, 1ª, 4.4.2005	2700	Román García Varela	Marcelina c. Julieta, Alberto y Oscar
STS, 1ª, 28.3.2005	2614	Xavier O' Callaghan Muñoz	Aurelio c. "Banco de Santander, S.A."
STS, 1ª, 9.3.2005	2219	Clemente Auger Liñán	"Calzados Oriol S.L." c. "Comercial Miver S.L."
STS, 1ª, 17.2.2005	1679	Xavier O'Callaghan Muñoz	Bruno, Marta y "Sociedad Cantabria Informática" c. "Banco de Santander, S.A."
STS, 1ª, 4.2.2005	945	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Asal 88, S. L." y Simón c. José Pablo
STS, 1ª, 19.1.2005	519	Xavier O'Callaghan Muñoz	Francisco, Jesús María, Abelardo, Clemente, Gaspar, Lucas y Sergio c. "Cercosur, S.A."
STS, 1ª, 22.12.2004	74	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	"Jr & Js Ingeniería y Comercio, S.A." c. "Nebursa, S.V.B., S.A."
STS, 1ª, 15.12.2004	7922	Antonio Gullón Ballesteros	"Salones de Ocio y Recreio, S.A." c. "Ripoche, S.A."
STS, 1ª, 23.11.2004	7383	Jesús Corbal Fernández	"Cigna Insurance Company of North America, SA-NV" c. "Serviberica, S.R.L." y "Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros"
STS, 1ª, 18.10.2004	6571	Rafael Ruíz de la Cuesta Muñoz	Víctor c. "Orpedo, S.L."
STS, 1ª, 19.7.2004	4387	Alfonso Villagómez Rodil	Narciso, Carla y Carlos c. "Ramón Pérez Rumbao, Vehículos Industriales, S.A." y "Limia Industrial S.L."
STS, 1ª, 21.6.2004	3956	Antonio Gullón Ballesteros	Alberto c. "Necrópolis de Valladolid, S.A."
STS, 1ª, 17.6.2004	3625	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Imanol c. Vicente
STS, 1ª, 20.5.2004	2760	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Promotora Tuset, S.L." c. Mauricio, Luis Ángel y Armando
STS, 1ª, 11.5.2004	2735	Antonio Gullón Ballesteros	José Daniel c. Silvio, Matías y Carmela
STS, 1ª, 23.4.2004	3490	Antonio Romero Lorenzo	Junta de Compensación del Polígono Once de Serracines c. Leandro Raúl y Margarita
STS, 1ª, 29.3.2004	2049	Alfonso Villagómez Rodil	Andrés c. Laura
STS, 1ª, 10.3.2004	1323	Antonio Gullón Ballesteros	"URTIRA, S.L." c. Luis Miguel y "ELGOPEBI, S.A."
STS, 1ª, 27.2.2004	1753	Román García Varela	"SpA Divisione Minimax Samco" c. "Cecilio, S.A."
STS, 1ª, 29.1.2004	154	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Sociedad Anónima Laboral Construcciones Mendoza" c. "Cooperativa de Viviendas Virgen de la Rosa"

STS, 1ª, 5.12.2003	8786	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Explotaciones Vallonga, S.A." c. "Traseral, S.A."
STS, 1ª, 3.12.2003	8520	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Gerardo, Lorenzo, "Gracia Hermanos, S.A." y "Pérez Barquero, S.A." c. Administración del Estado y "Rumasa, S.A."
STS, 1ª, 6.11.2003	8270	Xavier O'Callaghan Muñoz	María del Pilar c. "Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana" y "Ferrocarriles de Vía Estrecha"
STS, 1ª, 29.10.2003	7951	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	María c. Cristóbal, "Áridos y Movimientos de Tierra Braza, S.L." y Salvador
STS, 1ª, 17.10.2003	7395	Jesús Corbal Fernández	Comunidad de Propietarios c. "Dragados y Construcciones, S.A."
STS, 1ª, 6.10.2003	6407	Antonio Gullón Ballesteros	"Cubiertas y Mzov, S.A." c. María José
STS, 1ª, 14.7.2003	4365	José Almagro Nosete	"Ortiper S.L." <i>et alii</i> c. Carlos María
STS, 1ª, 10.7.2003	4339	Pedro González Poveda	"ALFA BYTE, S.L." c. "GRUPO CONSIST, S.A."
STS, 1ª, 23.5.2003	5215	Xavier O'Callaghan Muñoz	Comunidad de Propietarios "Coblanca-30" c. "Inversiones Costa Blanca, S.A." y "Acses, S.A."
STS, 1ª, 14.5.2003	4749	Antonio Gullón Ballesteros	"Mostos Internacionales, S.A." c. "Mayoristas de Vinos, S.A."
STS, 1ª, 11.4.2003	3017	Pedro González Poveda	"Proyectos y Obras Canarias, S.L." c. "Philip Morris España, S.A."
STS, 1ª, 21.11.2002	10269	Jesús Corbal Fernández	"Ortiper S.L." <i>et alii</i> c. Carlos María
STS, 1ª, 8.11.2002	9691	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Luis Jesús c. José Francisco, Encarnación y "Talleres Pancho, S.L."
STS, 1ª, 12.7.2002	6045	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Plus Ultra, SA Compañía de Seguros y Reaseguros" c. "Talleres Navales, SCA"
STS, 1ª, 21.6.2002	5257	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona" c. Francisca <i>et alii</i>
STS, 1ª, 11.6.2002	5824	Román García Varela	"Fundiciones Metálicas, S.A." c. "Worthington, S.A."
STS, 1ª, 6.6.2002	5254	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Comunidad de Propietarios del Edificio "Torres del Real" c. "Torres del Real, S.A.", "Construcciones Benlloch, S.A.", Juan, Vicente y Román
STS, 1ª, 31.5.2002	7904	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Grupo Cóndor, S.L." c. "Marina Port-Ginesta, S.A."
STS, 1ª, 7.5.2002	3678	Antonio Romero Lorenzo	Landelino c. "BAMI Sociedad Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos"
STS, 1ª, 23.3.2002	2664	José de Asís Garrote	"Jotsa, S.A." c. "Inversiones Soba, S.A." e "Inversiones Villar, S.A."
STS, 1ª, 20.2.2002	4146	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Antonio c. Jesús y Rosa, "Cía. Sociedad Anónima Internacional Hotelera y Turística, S.A.", Antonio, Juan, Luis Felipe y Mª del Pilar
STS, 1ª, 16.11.2001	9458	Francisco Marín Castán	"Empresa Nacional de Innovación, S.A.", "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia", "Banco Industrial de Bilbao, S.A.", "Lisalbos, S.A.", "Renan Española, S.A.", "Miroslaw Z. K." y Sebastiao c. "Compañía Española de Petróleos, S.A."

STS, 1ª, 22.10.2001	8655	Antonio Gullón Ballesteros	"Centro de Optimetría Internacional, S.L." c. "Nosalua, S.A."
STS, 1ª, 10.7.2001	5153	Antonio Romero Lorenzo	"Inmobiliaria M.B.M., S.A." c. Javier y otros
STS, 1ª, 10.5.2001	6191	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Construcciones Especiales y Materiales, S.A." c. Domingo
STS, 1ª, 20.4.2001	5282	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Aditu, S.A." c. "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona"
STS, 1ª, 11.4.2001	3639	Antonio Gullón Ballesteros	"Banco de Santander, S.A." c. Antonio et alii
STS, 1ª, 14.3.2001	5957	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Burgos Icoa, S.A." c. "Talleres Ara S.L."
STS, 1ª, 19.1.2001	1320	Alfonso Villagómez Rodil	"Fitinvest, S.A." c. Jenaro, Leonor, Justo, Mariano y Justa
STS, 1ª, 29.11.2000	9245	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Agustín Mayo Paramio, S.L." c. Elvira, Isidoro y Juan Carlos
STS, 1ª, 3.11.2000	8493	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	"Agreda, S.A." c. "Mecanizaciones Aeronáuticas, S.A."
STS, 1ª, 10.10.2000	7718	Alfonso Villagómez Rodil	"Transmisiones Zaragoza, S.L." c. "Talleres Metalúrgicos Jordá, S.A."
STS, 1ª, 9.10.2000	8139	Román García Varela	Rafael c. Antonio y Margarita
STS, 1ª, 28.9.2000	7533	José de Asís Garrote	"Gloseti, S.L." c. "Jocaval, S.L."
STS, 1ª, 26.9.2000	7529	José Ramón Vázquez Sandes	Sabina c. Sagrario, Francisco José, María Sagrario y Juan
STS, 1ª, 17.7.2000	6804	José Almagro Nosete	"Spectrum Chemical Manufacturing Corporation" c. "Distribuciones y Servicios Segovianos, 2001, S.A.L."
STS, 1ª, 11.7.2000	6683	Jesús Corbal Fernández	"Rústicas, S.A." c. "Tabacalera, S.A."
STS, 1ª, 4.7.2000	6678	José Ramón Vázquez Sandes	"Miguel Gallego, S.A." c. "Oleícola El Tejar, Ntra. Sra. de Araceli, S. Coop. Ltda."
STS, 1ª, 30.6.2000	6747	Alfonso Villagómez Rodil	"Sansonite Corporation" c. Estado español
STS, 1ª, 26.6.2000	5308	Jesús Corbal Fernández	"Indobamar, S.L. c. "Almijara, S.A."
STS, 1ª, 15.6.2000	4418	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Pablo c. "Ibérica Osuna, S.A."
STS, 1ª, 6.6.2000	4003	Antonio Gullón Ballesteros	Antonio c. "Transformaciones y Servicios, S.L."
STS, 1ª, 23.5.2000	3493	José Almagro Nosete	"Checking, S.A." c. "Grupo Hoteles Playa, S.A."
STS, 1ª, 28.4.2000	2677	Francisco Marín Castán	"Pipelin, S.A." c. "Institut Catalá del Sol y Consorci Urbanistic pel Desenvolupament de la Vila Olimpica i el Parc de la Draga de Banyotes"
STS, 1ª, 26.4.2000	3231	José de Asís Garrote	Bernardo c. Gregorio y Josefina
STS, 1ª, 19.4.2000	3185	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Isabel <i>et alii</i> c. "Algesa, S.A."
STS, 1ª, 18.4.2000	2976	Francisco Morales Morales	"Espacio Editorial, S.A." y "Área Editorial, S.A." c. "Área de Servicios de Prensa, S.A."
STS, 1ª, 11.4.2000	2434	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Victory Films, S.A." c. "Producciones Cinematográficas Cesáreo González, S.A." y Margarita
STS, 1ª, 3.4.2000	1815	José Almagro Nosete	"Zarzuela, S.A." c, José Luis y Mª del Rosario

STS, 1ª, 3.3.2000	1308	José Ramón Vázquez Sandes	"Técnicos en Construcciones e Instalaciones, S.A." c. Maximiliano y Margarita
STS, 1ª, 1.3.2000	1303	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Sairón, S.A." c. "Egaña, S.A."
STS, 1ª, 16.2.2000	1158	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Antonio <i>et alii</i> c. Leocadio <i>et alii</i>
STS, 1ª, 29.1.2000	456	Pedro González Poveda	"Constructora del Sureste, Sociedad Cooperativa Andaluza" c. Juan y Josefa
STS, 1ª, 28.1.2000	454	Pedro González Poveda	Antonio c. "Itálica de Esculturas, S.A."
STS, 1ª, 17.1.2000	67	José Almagro Nosete	"Difer Tres, S.A." c. "Promociones Jerónimo Centeno, S.A."
STS, 1ª, 28.12.1999	9379	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Saneamientos Rech, S.A." c. "Shell, S.A."
STS, 1ª, 24.12.1999	9364	José Ramón Vázquez Sandes	Manuel c. José Carlos y María Helena
STS, 1ª, 23.12.1999	9375	Xavier O'Callaghan Muñoz	Cruz María y María del Pilar c. "Mediación, S.A."
STS, 1ª, 18.12.1999	8980	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Enrique y María Dolores c. José y Carmen
STS, 1ª, 16.12.1999	8978	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Jorge Luis, Alexander y "A&E, S.A." c. "Banco Árabe Español, S.A." y "Árabe Española de Comercio, S.A."
STS, 1ª, 4.12.1999	9011	Francisco Morales Morales	Juan Antonio y María Rosa c. Agustín y María Luisa
STS, 1ª, 2.12.1999	9480	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Alberto c. "Impiel, S.A."
STS, 1ª, 30.11.1999	8439	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	"Catalonia Motor, S.A." c. "Nissan Motor Ibérica, S.A."
STS, 1ª, 27.11.1999	9135	Alfonso Villagómez Rodil	"Sociedad Cooperativa de Prótesis Dental de Madrid" c. Silvestre
STS, 1ª, 26.11.1999	8436	José Ramón Vázquez Sandes	Jesús c. Ángel, Florencia Concepción, José María, Consuelo y "El Balcón de la Rioja, S.A."
STS, 1ª, 17.11.1999	8613	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	José Antonio y José c. Santiago
STS, 1ª, 15.11.1999	8215	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Manuel c. Isabel
STS, 1ª, 12.11.1999	7531	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	José y Ana c. Antonio y Carmen
STS, 1ª, 5.11.1999	8052	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Juan c. Tirathadas
STS, 1ª, 3.11.1999	8859	Jesús Corbal Fernández	"Suproin, S.L." c. "Staines-Dos, S.A."
STS, 1ª, 26.10.1999	8163	Francisco Morales Morales	Purificación c. María Salud, Waldo, Juan Antonio, María José, Francisco Javier y María Ángeles
STS, 1ª, 15.10.1999	7430	José Menéndez Hernández	"Blauhaus, S.A." c. "Promociones Inmobiliarias en Renta, S.A."
STS, 1ª, 9.10.1999	7244	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Elisa c. José y "Servicios y Mercados, S.A."
STS, 1ª, 16.9.1999	7846	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Miguel Angel c. "Readymix Asland, S.A." <i>et alii</i>
STS, 1ª, 30.7.1999	6357	Pedro González Poveda	"Cartografía y Sistemas, S.A." c. "Intergraph España, S.A."

STS, 1ª, 29.7.1999	6217	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	"Semillas Batlle, S.A." c. "Campania, S.A."
STS, 1ª, 15.7.1999	5050	Alfonso Villagómez Rodil	Ángel y Concepción c. Miguel, Clementina y Ricardo
STS, 1ª, 13.7.1999	5049	José Almagro Nosete	"Cuaternos, S.A." c. "World Wide Tobacco España, S.A."
STS, 1ª, 5.7.1999	4980	Román García Varela	José María y Francisca c. "Porto Fornells, S.A.", Ángel, Alberto y "Porto Fornells, S.A."
STS, 1ª, 30.6.1999	4896	Francisco Morales Morales	Alejandro c. "Repsol Butano, S.A." y "Propano Ibérica, S.A."
STS, 1ª, 26.6.1999	4562	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	César c. "Promociones Altos del Edén, S.L."
STS, 1ª, 25.6.1999	4559	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Enrique y María Inmaculada c. Rafael
STS, 1ª, 18.6.1999	4477	José Menéndez Hernández	"Mendoza y González, S.L. c. "Naviera Marot, S.A."
STS, 1ª, 14.6.1999	4105	Román García Varela	Ayuntamiento de Alagón c. "Doux Ibérica, S.A."
STS, 1ª, 14.5.1999	3106	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Domingo y Amelia c. Miguel y Cía. de Seguros "Allianz-Ras, S.A."
STS, 1ª, 3.5.1999	3427	José Almagro Nosete	"RM Rehabilitaciones, S.L." c. Mariano <i>et alii</i>
STS, 1ª, 28.4.1999	3422	José Menéndez Hernández	"Saysma, S.A." c. "Star Studios, S.A."
STS, 1ª, 26.4.1999	2696	2696	"Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla-La Mancha" c. "Desarrollos Programados, S.A."
STS, 1ª, 14.4.1999	2822	Román García Varela	Félix c. "Asociación Provincial Protectora de Subnormales de Ciudad Real", Pablo y Ubaldo
STS, 1ª, 12.4.1999	3360	Pedro González Poveda	"Inmobiliaria Colaboradores Bepasa, S.A." c. María José y Luis Eduardo
STS, 1ª, 8.4.1999	2661	Francisco Morales Morales	Esperanza c. "Promociones La Graña, S.A."
STS, 1ª, 5.4.1999	1873	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	"Cariglas, S.L." c. "Industrias Bec, S.A."
STS, 1ª, 17.3.1999	2379	Francisco Morales Morales	Moisés c. Germán
STS, 1ª, 16.3.1999	1675	Román García Varela	Pedro c. "Klein Ibérica, SA"
STS, 1ª, 12.3.1999	2144	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	"Credits and Partners Española, S.A." c. "Montcada de Inversiones, S.A." y Arrobi, S.A."
STS, 1ª, 4.3.1999	1366	Román García Varela	"Promociones Majuver, S.A." c. Cinta, Cinta y José Luis
STS, 1ª, 3.3.1999	1400	Antonio Gullón Ballesteros	Ramón c. Mariano
STS, 1ª, 16.2.1999	1410	Jesús Marina Martínez-Pardo	Juan Miguel y Matea c. Julio, Juliana e Isabel
STS, 1ª, 6.2.1999	641	Francisco Morales Morales	"Vizcaíno Fernández, S.A." c. Julio y Rosario
STS, 1ª, 26.1.1999	323	José Almagro Nosete	Mohamed Mohamed c. "La Salsa, S.A." y Jorge
STS, 1ª, 21.1.1999	414	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Begoña c. "Vehículos Industriales del Sur, S.A.L.", "Frigicoll, S.A." y "EM Refrans, S.A."
STS, 1ª, 14.1.1999	145	José Menéndez Hernández	"Complejo de Industrias Lácteas de Lugo, S.A." c. "Megara Ibérica, S.A."
STS, 1ª, 12.1.1999	36	Xavier O'Callaghan Muñoz	"Artes Mecánicas, S.A.", "Fundiciones de Aluminio Silver, S.A." y "Madrinados de

			Precisión, S.A." c. "Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares, S.A."
STS, 1ª, 24.7.1998	6393	Francisco Morales Morales	"Servifilms, S.L." c. "Ivarte, S.A."
STS, 1ª, 2.7.1998	5123	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	José Manuel y Josefa c. Ilmo. Ayuntamiento de Cangas de Narcea
STS, 1ª, 3.6.1998	3715	Antonio Gullón Ballesteros	José Luis c. Martín, Tomasa e Hilario
STS, 1ª, 19.5.1998	3381	José Luis Albácar López	"Cerámicas y Sanitarios, S.A." c. "Uzal, S.A."
STS, 1ª, 6.5.1998	3237	Antonio Gullón Ballesteros	"Servicios de Gestión de Cooperativas, S.A." c. "Autocampo, S.A."
STS, 1ª, 29.11.1997	8441	Francisco Morales Morales	Víctor Manuel c. "Residencial Parque Oeste, S.A."
STS, 1ª, 22.9.1997	6858	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	"Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona" c. "Frutabona, S.A."
STS, 1ª, 12.6.1997	4770	José Luis Albácar López	Alberto c. "Promociones La Manga, S.L." y Raziol
STS, 1ª, 23.5.1997	4322	Eduardo Fernández-Cid de Temes	"Bono Restaurante, S.A." c. Isabel, Isabel, Marta y Mónica
STS, 1ª, 17.2.1997	1239	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	"Diseños Técnicos de Construcción, S.L." c. "Cantera el Port, S.L."
STS, 1ª, 25.10.1996	7432	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	"Construcciones Dondiz, S.A." c. Concepción <i>et alii</i>
STS, 1ª, 8.6.1996	4831	Pedro González Poveda	"Porroche Erlac, S.L." c. "Metalúrgica del Ebro, S.C.L."
STS, 1ª, 25.1.1996	316	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	"Soporte, S.A." c. "Asvasa, S.A."
SSTS, 1ª, 1.6.1995	4587	Alfonso Villagómez Rodil	"Construcciones Canarias, S.L." c. Buenaventura
STS, 1ª, 17.3.1995	7787	Francisco Morales Morales	Comunidad de Propietarios del Edificio "Capanema" c. "Setmar, S.A.", "Mompo y Maso, S.A.", Juan, Isidro y Santiago
STS, 1ª, 15.12.1994	10495	Jesús Marina Martínez-Pardo	Eleuterio c. Carlos
STS, 1ª, 2.12.1994	9394	Pedro González Poveda	Comunidad de Propietarios del Edificio núm. 83 de la Calle Pablo Alcocer c. Enrique <i>et alii</i>
STS, 1ª, 15.11.1994	8488	Francisco Morales Morales	Encarnación c. "Banco Hispano Americano, S.A.", "Sistema 4B, S.A." y "Visa España, Sociedad Civil"
STS, 1ª, 8.7.1994	6300	Mariano Martín-Granizo Fernández	Alejandro y Aquilino c. "Obras de Arquitectura e Ingeniería, S.A."
STS, 1ª, 16.11.1992	9407	Alfonso Villagómez Rodil	"POMBO 22 S.A." c. Miguel Ángel y esposa
STS, 1ª, 14.2.1992	1270	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	"EDYMO, S.A." c. "Cubiertas Mozov, S.A."
STS, 1ª, 19.12.1991	9409	Matías Malpica González-Elipe	"Operadores Marítimos S.A." c. "Astilleros Españoles S.A." y "Naviera Castellana S.A."
STS, 1ª, 4.7.1991	5325	Jaime Santos Briz	"Investronica, S.A." c. "Indescomp, S.A."
STS, 1ª, 21.3.1991	2426	Teófilo Ortega Torres	Francisco <i>et alii</i> c. Félix
STS, 1ª, 12.12.1990	9999	Pedro González Poveda	Comunidad de Propietarios de la Avenida Vidal y Barraquer c. "MAGEL, S.A."
STS, 1ª, 7.12.1990	9900	Ramón López Vilas	"Invemar, S.A." c. Roberto y esposa
STS, 1ª, 22.10.1990	8033	Antonio Fernández	Jorge y Montserrat c. Juan e "INCOVISA"

Rodríguez			
STS, 1ª, 18.10.1989	6938	Ramón López Vilas	María Dolores c. Joaquín y Nieves
STS, 1ª, 16.5.1988	4308	Manuel González Alegre y Bernardo	Felipe y Esther c. "Banco de Vizcaya, S.A.", Emilio, Marcial y José
STS, 1ª, 20.5.1986	2734	Adolfo Carretero Pérez	"Aridos del C., S.A." c. "C., S.A."
STS, 1ª, 18.4.1986	1860	Jaime De Castro García	Camilo, María del Carmen, Lutzardo, María Begoña, Martín y María Dolores c. Gregorio y María del Carmen
STS, 1ª, 17.1.1986	104	Carlos de la Vega Benayas	Onésimo Germán c. Joaquín, Mariana y Roque
STS, 1ª, 23.10.1984	4971	Jaime De Castro García	Salvador y Juan c. José Manuel e Isidoro
STS, 1ª, 21.6.1980	2726	Jaime De Castro García	"Naviera Ason, S. A." c. Banco Vitalicio de España

6. Bibliografía

Daron ACEMOGLU, Simon JOHNSON y James A. ROBINSON (2005), "Institutions as determinants of Long-term Economic Growth", en Philippe AGHION y Stephen DURLAUF (eds.), *Handbook of Economic Growth*, North Holland.

Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993), *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona.

Ronen AVRAHAM y Zhiyong LIU (2006), "Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive versus Optional Remedies", 8 *American Law and Economics Review*. 523.

Ferran BADOSA COLL (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

Oren BAR-GILL y Richard EPSTEIN (2007), "Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics. An Exchange between Oren Bar-Gill and Richard Epstein", *New York University School of Law, NYU Center for Law and Economics, Working paper* núm. 07-17 (disponible en SSRN: <http://papers.ssrn.com/abstract=982527>).

Lucian A. BEBCHUK y Omri BEN-SHAHAR (2001), "Precontractual Reliance", 30 *Journal of Legal Studies*, 423.

Richard W. BROOKS (2006), "The Efficient Performance Hypothesis", 116 *Yale Law Journal* 569.

Ángel CARRASCO PERERA (1989), "Comentario al art. 1101", en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid.

-- (1989), "Comentario al artículo 1102", en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, Tomo XVI, Vol. 1, Edersa, Madrid.

-- (2004), "Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento", en José María ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA (ed.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Aranzadi, Cizur Menor.

-- (2006), "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *InDret 1/2006* (www.indret.com).

Robert COOTER y Melvin A. EISENBERG (1985), "Damages for Breach of Contract", *73 California L. Rev.*, 1434.

Pedro DE PABLO CONTRERAS, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et alii* (2002), *Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid.

Luis Díez-PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Vol. II., 5ª ed., Cívitas, Madrid.

Aaron EDLIN y Alan SCHWARTZ (2003), "Optimal Penalties in Contracts", *78 Chicago-Kent L. Rev.* 33.

Joseph FARRELL y Paul KLEMPERER (2007), "Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects," en Mark Armstrong and Robert Porter (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol 3, North-Holland, Amsterdam (de próxima aparición) (working paper disponible en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917785).

Nieves FENOY PICÓN (1996), *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores, Madrid.

-- (2006), *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores, Madrid.

Fernando GÓMEZ POMAR (1999), "El daño moral", *InDret 1/1999* (www.indret.com).

-- (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Cívitas, Madrid.

-- (2003), "Recensión de *Tratado de Responsabilidad civil*, de L. Fernando Reglero Campos (coord.)", *InDret 2/2003* (www.indret.com).

-- (2007), "European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics", *InDret 1/2007* (www.indret.com).

Rosana HALLETT CHARRO (2004), "Due Diligence", en José María ÁLVAREZ ARJONA y Ángel CARRASCO PERERA (ed.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Aranzadi, Cizur Menor

Francisco JORDANO FRAGA (1984), "Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual", *Revista de Derecho mercantil*, núm. 174, pp. 603-713.

José Luis LACRUZ BERDEJO *et alii* (1994), *Derecho de obligaciones*, vol. 1 y 2, 3ª, Bosch, Barcelona.

Eugenio LLAMAS POMBO (1999), *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Colex, Madrid.

Dirk LOOSCHELDERS (2006), *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4., überarbeitete Auflage, Köln, Carl Heymanns.

María MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2006), "Comentario a la STS, 1ª, 21.10.2005", *CCJC*, núm. 71, pp. 1107 y ss.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1991), "Comentario al art. 1270" y "Comentario al art. 1486", en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II.

-- (2007), *La modernización del derecho de obligaciones*, Cívitas, Madrid.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1989), "Resolución por incumplimiento e indemnización", *Anuario de Derecho civil*, vol. 42, núm. 4, pp. 1143-1168.

-- (1991) "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho civil*, pp. 1019-1091.

-- (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho civil*, pp. 1719-1745.

-- (1998), "Art. 74", en Luis DÍEZ-PICAZO (ed.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cívitas, Madrid.

A. Mitchell POLINSKY (1983), "Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies", 12 *J. Legal Stud.* 427.

María Corona QUESADA GONZÁLEZ (2003), "Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional", *Aranzadi civil*, núm. 2, pp. 2071-2135.

José Ramón SALELLES CLIMENT (2007), *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Real Colegio de España, Bolonia.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores, Madrid.

Robert E. SCOTT (1990), "The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle", 57 *U. Chi. L. Rev.* 1155.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), London.

-- (2006), "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", 84 *Texas Law Review* 831.

Ana SOLER PRESAS (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona.

Alexander STREMITZER (2007), "Opportunistic Termination", Working Paper, Universität Bonn, Wirtschaftspolitische Abteilung.

Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ (1999), *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas.

Rafael VERDERA SERVER (1995), *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia.

Reinhard ZIMMERMANN (2005), *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford.