

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXV ■ Núm. 2132 ■ Junio de 2011



## ESTUDIO DOCTRINAL

**EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN LA PROPUESTA DE  
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

**ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS**



ISSN: 1989-4767

[www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)

## EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS\*

**ENCARNACIÓN ROCA TRIAS**

Catedrática de Derecho civil (Universidad de Barcelona)  
Magistrada de la Sala 1ª TS.

*“A Christian von Bar que ha abierto caminos en Europa y a Luis Díez Picazo que lo está haciendo en nuestro país”*

### **Resumen**

*El derecho español de obligaciones es fruto de una tradición europea. En el momento actual es necesario revisar las soluciones de nuestro Código civil que en algunos puntos se están demostrando obsoletas. Ello ocurre especialmente con el incumplimiento de las obligaciones, una cuestión extremadamente práctica, que presenta importantes vacíos. Los Tribunales deben interpretar con criterios actuales unas normas ya anticuadas. La Propuesta de la Comisión general de Codificación se inspira en los modernos textos europeos, que proporcionan un material con soluciones comunes a los países de la UE y presenta un concepto de incumplimiento moderno y adecuado a la actual sistema jurídico.*

### **Abstract**

*The Spanish Law of obligations pertains to the European tradition. But the solutions offered by the Civil Code must be revised, due to their obsolescence. This happens whit the non-performance of the obligations created by contracts, an extremely practical issue, which presents important vacuums. The Courts must interpret the old rules with modern criterions. The Proposition of the Comision General de Codificación, finds in the European Drafts the models to built modern solutions, common to the European countries. The Proposition offers a modern regulation concerning the non-performance of the obligations, more adapted to the juridical system among Europe.*

1

### **Palabras clave**

*Obligaciones. Incumplimiento. Remedios del acreedor. Resolución del contrato.*

### **Key words**

*Obligations. Non-performance. Creditor Remedies. Termination of contract.*

\* Fecha de recepción: 19-5-2011 Fecha de aceptación: 19-5-2011

## Sumario

- I. *Introducción General: El medio en el que se hace la propuesta.*
- II. *El incumplimiento de las obligaciones: Los problemas generales.*
  - A) *La relación cumplimiento/incumplimiento en la jurisprudencia española*
  - B) *Los temas no resueltos*
- III. *Las propuestas de la Comisión de Codificación respecto al incumplimiento.*
  - A) *El concepto de incumplimiento*
  - B) *Las acciones del acreedor*
  - C) *La indemnización de los daños y perjuicios*
- IV: *Conclusiones*

## Bibliografía

### I. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL MEDIO EN EL QUE NACE LA PROPUESTA.

La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, presentada por la Comisión General de Codificación en 2009 se plantea como finalidad esencial, la adaptación a las modernas Propuestas europeas, de unas reglas que han venido funcionando desde 1889. Desde la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980<sup>1</sup>, lo que había sido un *desiderátum* se convierte en una reglamentación real. Las reglas contenidas en la Convención, sin ser rompedoras, obligan a plantear la reflexión sobre la necesidad, a nivel interno, de repensar, adaptar y modernizar las viejas reglas del derecho de obligaciones.

Nacen así diferentes grupos, académicos básicamente, con la idea de encontrar un punto común de entendimiento que haga que las reglas que regulan este tipo de relaciones jurídicas, gocen de una regulación común y que inspirarán la que surge de la Comisión de Codificación, que ahora se debe analizar<sup>2</sup>.

Las ventajas que ofrecen los textos europeos consisten en que, además de recoger una *communis opinio* generalizada en los países europeos, permiten su utilización como reglas de interpretación de las disposiciones vigentes en el Código civil, como ha ocurrido y sigue ocurriendo en sentencias del Tribunal Supremo y también de las Audiencias provinciales<sup>3</sup>.

Las fuentes de la Propuesta se encuentran en los textos que se citan a continuación.

<sup>1</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y publicada en España en el BOE de 20 enero 1991. Ver *La Compraventa internacional de mercaderías: comentario de la convención de Viena*. Director y coordinador: Luis Díez Picazo y Ponce de León. Madrid, Civitas, 1998.

<sup>2</sup> Comisión General de Codificación. *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

<sup>3</sup> Los problemas interesantes que plantea la utilización por los tribunales de textos privados como complementarios de la argumentación y fundamentación de las sentencias puede consultarse en Cortese, "Los principios europeos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia: el problema de las «citas no reconocidas»", en Herrador Guardia, coor. Derecho de daños. Madrid, 2011, p. 113, ss. La utilización de estos textos por la jurisprudencia española ha sido estudiado por Fernández Gregoraci, B. "El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". R.J.C., nº 2, 2009, 480 ss.

- *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Aprobada en Viena el 11 de abril de 1980. España se adhirió por Convenio de 18 mayo 1992, ratificado por instrumento de 7 mayo 1993. = CISG.

- *Los Principios de Derecho europeo de los contratos*= PECL<sup>4</sup>. Texto privado.

- *Los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*= DCFR. 2009. Texto privado, que proviene de dos grupos de juristas europeos: el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Se conoce también como el Marco común de referencia<sup>5</sup>.

Finalmente, El BGB alemán, reformado en 2001 por la ley de Modernización del Derecho de obligaciones<sup>6</sup>.

En lo que se refiere al incumplimiento, objeto de este trabajo, la Convención de las Naciones Unidas lo trata en los arts. 71-84 y una parte importante de estas disposiciones se reproduce en los arts 7:101, 8:101 y ss y 9:101 y ss de los PECL, así como en el libro III del DCFR. Estos modelos siguen un método muy bien establecido que facilita la comprensión y el manejo de los textos: se parte de una definición inicial y consiguiente regulación del incumplimiento o *non-performance*, en el capítulo 8 PECL, cosa que no existe aun en el derecho español y a continuación se van estableciendo una serie de consecuencias en cascada que están en consonancia con lo que se ha previsto en el texto base que contiene la definición, en el capítulo 9 PECL. En consecuencia, los PECL y el DCFR plantean las siguientes cuestiones que serán tratadas aquí:

- Qué es incumplimiento y en qué consiste.
- Cómo debe calificarse el incumplimiento.
- A quién y cómo se imputa el incumplimiento.
- Efectos y remedios (*remedies*): acciones que corresponden.

3

Estos textos son el producto de acuerdos entre representantes de diferentes sistemas jurídicos que han decidido adoptar soluciones de otros ordenamientos renunciando a las propias para lograr mayor coherente y armonía a fin de proporcionar soluciones más o menos comunes y por tanto, más seguras, a las transacciones económicas que tienen lugar en el interior del espacio comunitario. Por tanto, sólo si los estados miembros quisieran adoptar los modelos de los PECL o el DCFR estarían éstos en vigor en la UE. De este modo, en el caso de una hipotética adopción de los textos a que ahora haré referencia por parte del Parlamento europeo, ello no significaría que cambiase automáticamente el derecho en vigor en cada estado miembro, ya que estos deberían adoptarlos como derecho propio para que sirvieran para regular las transacciones internas. Sin embargo, la Comisión General de Codificación de España está proponiendo una reforma del libro IV del Código civil basada en gran parte en estos Principios, de modo que de ser aprobada, el derecho español se acercaría muchísimo a una Propuesta de regulación común y sería seguramente el primer país europeo en llegar a soluciones más cercanas a este marco común de referencia, con lo que conseguiría que las soluciones internas fuesen equivalentes a las europeas.

<sup>4</sup> *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)* Edición Ole Lando y Hugh Beale. Edición española a cargo de Barres Benlloch, Embid Irujo, Martínez Sanz. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

<sup>5</sup> Ello sin olvidar otras Propuestas igualmente interesantes: UNIDROIT, a [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) y Les principes de la Asociación Henry Capitant des Amis de la culture française, bajo el título *Droit Européen des contrats. Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*. Societé de Législation Comparée, 2008. Paris.

<sup>6</sup> Propuesta para la modificación, cit., p.18-19.

En el marco europeo existen ya algunos elementos comunes, constituidos por las Directivas<sup>7</sup>. Esto acerca a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, pero solo en aquellas materias reguladas por dichas Directivas y ello dejando de lado los que genera la transposición. Las otras cuestiones deben aun discutirse.

## II. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: LOS PROBLEMAS GENERALES.

La patología de las conductas contractuales de las partes se centra en el incumplimiento. Este aspecto acaba siempre en los tribunales: pocos son los que acuerdan incumplimientos amistosos e incluso en estos casos, no debe excluirse el recurso a los procedimientos correspondientes.

Al justificar las razones y el método utilizados en la Propuesta, la Comisión de Codificación dice:

“Especialmente insuficiente ha demostrado ser a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de especial regulación y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas de lo que se puede llamar de un modo genérico «responsabilidad contractual», decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación”, añadiendo que “el texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado «favor debitoris» no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que solo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración”<sup>8</sup>.

4

Esta justificación obliga a recordar cuáles son los problemas que se plantean en el estado actual de cosas en el Código civil.

1º *Las reglas generales* se establecen a partir del art. 1094 CC, en el Libro II del capítulo IV, cuyo título es precisamente. “De la naturaleza y efectos de las obligaciones”. Son normas de todos conocidas, que se aplican a las obligaciones independientemente de la causa por la que hayan surgido al mundo jurídico y además, se refieren al incumplimiento y sus efectos, incluyendo la mora. No voy a insistir en ellas, sino solo decir que precisamente son estas normas las que son objeto de revisión en la Propuesta de la Comisión general de Codificación.

2º Cada uno de los contratos regulados en el Código civil y en las leyes especiales contiene una regla relativa al incumplimiento propio del contrato, con la determinación de los efectos consiguientes, que debe completarse con las reglas generales del Código. Por poner solo un ejemplo conocido, el art. 1506 CC establece que “la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores”, es decir, los arts. 1504 y 1505 CC que regulan las modalidades del incumplimiento de este contrato. Esta cuestión ha planteado en la jurisprudencia una larga discusión acerca de la aplicación

<sup>7</sup>Sobre la relación de las Directivas con los textos preparados por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ver la introducción al DCFR, números 60-69, en *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law*. Sellier, Munich, 2009.

<sup>8</sup>Propuesta, p. 22, 23.

el art. 1124 CC, que acaba con la aceptación de las normas de este artículo<sup>9</sup>. No hay una normativa unitaria sobre el incumplimiento de los contratos, lo que algunas veces genera la normal inseguridad derivada de la dificultad de determinar la norma aplicable.

3º La resolución por incumplimiento aparece en una norma extravagante, el art. 1124 CC, colocada en el capítulo donde se regulan las obligaciones condicionales.

Además, el Código civil no contiene una definición de incumplimiento. Ni tan solo se describen las situaciones que lo producen. Hay que relacionar el tema con el art. 1157 CC, al que, además hay que interpretar *a contrario sensu*. De modo que si establece que no se entiende pagada una obligación “sino cuando completamente se hubiese entregado una cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”, debe concluirse que si ello no ha sucedido, es decir, no se ha entregado completamente la cosa o no se ha efectuado la prestación, hay incumplimiento. Pero ni tan solo esta conclusión resulta válida, porque el art. 1157 CC está regulando lo que en el propio Código se denomina “extinción de la obligación”, es decir, según el art. 1156, el pago o cumplimiento. En el Código, de lo que se trata es de determinar cuándo no hay cumplimiento y por ello, debe interpretarse el art. 1157 CC a contrario para saber que la obligación no se ha extinguido porque ha mediado el incumplimiento que lo impide. Complejo razonamiento.

Además y muy posiblemente como derivación de lo que acabo de decir, no se sabe a ciencia cierta en qué consiste el incumplimiento. Este es el punto que la jurisprudencia ha debido elaborar, mal que bien, para obtener por lo menos una solución razonable a los casos que se presentan.

Por tanto, en la situación actual se presentan una serie de problemas a los que debe hacer frente el legislador español si quiere poner al nivel de las Propuestas europeas la legislación sobre incumplimiento. Voy a tratar de resumirlos:

Como afirma Díez Picazo “continúa constituyendo, a estas alturas de los tiempos, un insondable enigma la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden permitir la fórmula de una pretensión de resolución y en qué casos no ocurre así”<sup>10</sup>. Esta incertidumbre generará inseguridad. Las preguntas no dejan de surgir y fundamentalmente, la principal se centra en la relación incumplimiento-imputación al deudor. O sea, cuáles van a ser los criterios que se deben tener en cuenta para calificar la conducta del deudor como incumplimiento y en consecuencia, permitir el ejercicio por parte del acreedor de la batería de los remedios previstos en el ordenamiento jurídico.

Para intentar dar una respuesta a esta importantísima cuestión, se van a plantear las soluciones que ha venido barajando la jurisprudencia del TS y, en segundo lugar, las Propuestas contenidas en los textos privados en los que se ha inspirado el Proyecto de modificación del Libro IV.

### **A) La relación cumplimiento/incumplimiento en la jurisprudencia española.**

La interpretación del art. 1124 CC por parte de la jurisprudencia ha dado lugar a diferentes opciones, puesto que el propio artículo no dice cuándo se produce la infracción del ordenamiento contractual. La línea jurisprudencial puede calificarse como quebrada, porque hay diversas explicaciones y aplicaciones de las doctrinas subjetivista y objetivista, que han dado lugar a una cierta descoordinación de las soluciones<sup>11</sup>. A estos efectos y para simplificar lo que por

<sup>9</sup> Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. T. IV. Las particulares relaciones obligatorias Thomson Civitas, Madrid, 2010, pp. 156-157.

<sup>10</sup> Díez Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005, p. 13.

<sup>11</sup> Clemente Meoro. *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Col. Notaría hoy. Bosch. Barcelona, 2009, p. 18 y ss

otra parte, ha sido analizado con mejor acierto por la doctrina<sup>12</sup>, se van a examinar algunas de las posturas sostenidas en las sentencias.

### 1º “La voluntad deliberadamente rebelde” del deudor.

Dice Díez Picazo que la jurisprudencia ha afirmado en líneas generales, que “es impropio la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien *una voluntad deliberadamente rebelde* al cumplimiento de lo convenido, bien un *hecho obstativo* que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida”<sup>13</sup>. Fijémonos solamente en la primera parte, es decir, la voluntad rebelde. Este será un criterio muy utilizado en los años 30 y 40 del siglo pasado y a tal efecto, el propio autor cita las sentencias de 5 y 9 julio 1941. Sin embargo, la referencia al “hecho obstativo” desapareció en una fecha indeterminada para quedar solamente el quasi-brocardo de la voluntad deliberadamente rebelde<sup>14</sup>.

### 2º La matización de la anterior doctrina.

Dice Clemente Meoro que a partir de una sentencia de 18 noviembre 1983, la jurisprudencia matiza la anterior doctrina, aunque siempre sobre la base de la utilización de un criterio de imputación exclusiva o básicamente subjetivo. O sea que se trata de “«un factor etiológico subjetivo», una valoración judicial del comportamiento del demandado, de las causas del incumplimiento, de manera que solo quepa la resolución si concurren en la conducta del demandado las notas de deliberación y rebeldía”<sup>15</sup>.

Estas matizaciones se comprueban en diferentes formulaciones: i) una parte de la jurisprudencia de la Sala 1ª siguió exigiendo esta voluntad rebelde con la necesidad de indagar acerca del propósito del incumplidor en el incumplimiento. Dice Clemente que esta es hoy una postura minoritaria<sup>16</sup>; ii) la matización de esta exigencia, que veremos a continuación, y iii) la que prescinde de los elementos subjetivos y se plantea el incumplimiento sobre una base objetiva, prescindiendo del papel jugado por la voluntad del deudor<sup>17</sup>.

### 3º Las pistas para demostrar la voluntad de incumplimiento.

La matización de la radical doctrina antes resumida se efectúa mediante la utilización de criterios que permiten deducir la voluntad de incumplir. Así se habla del propio incumplimiento como hecho demostrativo de esta falta de voluntad, o bien se impone la solución basada en la frustración del fin del contrato, o bien, finalmente, se habla de la voluntad obstativa al cumplimiento. La sentencia de 18 noviembre 1983 dice que la expresión “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” no puede interpretarse literalmente, porque sería tanto como exigir el dolo en el incumplimiento.

### 4º La tendencia a una cierta objetivización y la utilización de otros criterios.

A pesar de esta doctrina consolidada, las últimas sentencias tienden a aceptar la última solución descrita. Así, la STS de 22 diciembre 2006, que sigue a las de 3 febrero y 5 abril 2006, pone de relieve que si bien la tendencia general había sido la de la constatación de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de exigir que el incumplimiento sea grave, o bien que frustre el fin del contrato, citando a favor de estos planteamientos los artículos 25 del Convenio sobre compraventa internacional de

<sup>12</sup> Díez Picazo. *Los incumplimientos resolutorios cit.*, p. También en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. T. II. Las relaciones obligatorias. Thomson Civitas, Madrid, 2008, 6ª ed. P. 841 y ss.

<sup>13</sup> Díez Picazo. *Los incumplimientos*, cit., p. 17.

<sup>14</sup> Díez Picazo. *Los incumplimientos*, cit., p. 28.

<sup>15</sup> Clemente. *La resolución*, cit, p. 30

<sup>16</sup> Clemente. *La resolución*, cit, p. 31

<sup>17</sup> Clemente. *La resolución*, cit., p. 31-32

mercaderías, Convenio de Viena, y 8:103 de los Principios del Derecho europeo de contratos, PECL.

### **B) Los temas no resueltos.**

En el análisis de las diferentes posturas jurisprudenciales acerca de los requisitos que deben concurrir para que pueda considerarse que ha existido un incumplimiento resolutorio y que produzca, por tanto, la resolución del contrato, no debe hacernos olvidar que, además, se añaden otros problemas no resueltos legalmente, que siguen ofreciendo dificultades de solución.

Se trata de los siguientes:

- 1º El retraso en el pago: ¿cuándo un simple retraso va a generar el incumplimiento? ¿Es necesario constituir en mora al deudor para que el incumplimiento tenga lugar?
- 2º ¿Qué ocurre cuando la obligación ha devenido imposible de manera fortuita?
- 3º ¿Qué ocurre cuando se ha cumplido la obligación principal, pero no las accesorias?
- 4º Si se ha producido un incumplimiento parcial de la obligación principal, ¿podemos considerar que ha existido también incumplimiento resolutorio?

Hay que reconocer que la jurisprudencia no ha mantenido una línea uniforme respecto a la solución de los casos presentados. Las críticas no están, por tanto, exentas de fundamento.

## **III. LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO.**

La Propuesta de la Comisión de Codificación tiene una finalidad muy clara, finalidad que puede considerarse con una doble faz, como Jano: i) aproximar el Código civil español a su entorno europeo; aunque no todos los Códigos civiles se han actualizado, no faltan las Propuestas para una modernización, sobre todo, a partir de los textos producidos por estos grupos europeos de derecho comparado, y ii) crear unas bases de las obligaciones contractuales a los efectos del art. 149, 1,8 CE.

La Propuesta contiene dos definiciones básicas para todo lo que va a tratarse a continuación:

La definición de *cumplimiento* en el art. 1153, que dice: “no se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía”. Debe completarse con lo que dispone el art. 1154 que dice que “el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una prestación diferente aun cuando fuera de valor igual o mayor que la debida”.

Estas dos definiciones significan un paso adelante con relación al actual sistema codificado, en el que el art. 1157 CC contiene una regla de cumplimiento referida solamente al pago, porque lo enfoca desde el punto de vista de la extinción de la obligación, a partir del art. 1156 CC, sin que haya voluntad de definir cuándo se ha producido el cumplimiento.

b) Una definición de *incumplimiento*, que se contiene en el art. 1188. 1, que dice que “hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”.

A partir de estos dos textos, especialmente el segundo, se va a reflexionar en las páginas que siguen.

### **A) El concepto de incumplimiento.**

La Propuesta contiene dos definiciones o dos conceptos, si se quiere, de las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones, cosa que no ocurre en el texto del Código civil: i) por una parte, se define lo que se va a entender por *cumplimiento*, que aparece en expresión del proyectado art. 1153 como la realización completa de la prestación en que la obligación consistía, y, además, ii) el art. 1188 va a definir lo que se considera *incumplimiento* en la Propuesta: la realización inexacta de la prestación principal o de cualquiera de los deberes en que ésta consiste. Dado que el objeto de este trabajo es este segundo aspecto, me voy a centrar en la definición del incumplimiento y los remedios que el texto le atribuye.

#### 1º El concepto de incumplimiento.

El art. 1188 utiliza un concepto general. Dice textualmente: “Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”. En contraposición a la situación del Código civil vigente, el art. 1188 opta por describir de una forma amplia, que no deja de producir sus problemas, el incumplimiento en general y debe ponerse de relieve una importante característica de esta opción: no se define el incumplimiento *per relationem* con la resolución del contrato, sino que existiendo una resolución por incumplimiento en el art. 1199, la definición que se ofrece solo determina qué acción o remedio va a corresponderle al acreedor. Esta es una importante novedad que proviene de los PECL<sup>18</sup>.

El origen de este artículo, tal como está redactado en la Propuesta, responde tanto a lo que se proponía en el art. 1:301 (4) PECL, como a los arts. 71 y 72 CISG. El art. 1301 (4) PECL dice que “«incumplimiento» significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato”. Este artículo debe ponerse en contacto con el art. 8:101 (1) y el art. 9:301 PECL, que agrupan las distintas modalidades del incumplimiento, es decir, la no ejecución de la obligación, la ejecución tardía, con lo que desaparece la mora como causa de incumplimiento, lo que va a reproducirse también en la Propuesta que ahora se comenta<sup>19</sup>, la ejecución o el cumplimiento defectuoso y la falta de cooperación para obtener el fin del contrato.

Al mismo tiempo, los arts 71 y 72 CISG establecen una serie de consecuencias sobre la base de que el contrato regulado en ella es la compraventa, por tanto, bilateral. En el art. 71.1 se permite a la parte cumplidora “diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”. A ello el art. 72.1 CISG dice que “si antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”. En el art. 71.1 el incumplimiento se basa en la concurrencia de ciertos elementos personales, mientras que en el art. 72.1 se contiene lo que se denomina “incumplimiento esencial”, que después viene reproducido en el art. 9:301 PECL.

En el DCFR se precisan más estos conceptos. El art. III.- 1:102 reproduce las definiciones contenidas en el art. 1:301 PECL y concretamente, en lo que se refiere al incumplimiento, el párrafo (3) dice que consiste en cualquier fracaso en el cumplimiento de la propia obligación, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado (*delayed performance*) y cualquier otro cumplimiento que no esté de acuerdo con los términos de la

<sup>18</sup> Se trata del art. 8:101 PECL.

<sup>19</sup> Díez Picazo, Roca, Morales. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Civitas, Madrid, 2002, p. 321.

obligación<sup>20</sup>. Este texto coincide con los PECL, aunque elimina como causa específica la falta de cooperación y resulta, como su precedente, más explícito que la CISG. Además, el art. III.- 3:502 DCFR se encargará de admitir la resolución como remedio al incumplimiento fundamental/esencial, igual como hacía el art. 9:301 PECL.

Como se ha dicho ya, el art. 1188 de la Propuesta es tributario de sus precedentes, pero es más general en el sentido de que contiene una cláusula más amplia que sus propios precedentes y más concretamente, que las definiciones de los arts. 1:301 PECL y III.- 1:102 DCFR. Mi opinión es que quizá sería conveniente utilizar directamente las definiciones que han servido de precedente para la redacción de la Propuesta, porque es cierto que el art. 1188 tal como está redactado permite incluir todas las situaciones previstas en los artículos citados, pero existe un elemento en los PECL y en el DCFR que es la que se denomina *fundamental non-performance* (arts. 9:301 PECL y III.-3:502 DCFR), que puede coincidir con el art. 1124 CC actualmente en vigor y que quizá fuera bueno introducir directamente en la propia definición para evitar nuevos subjetivismos en un sistema, cuya principal virtud consiste en establecer unos criterios seguros y objetivos para poder apreciar si hay o no incumplimiento. Es cierto que el art 1199 de la Propuesta lo incluye para la resolución, igual que sus precedentes por otra parte, pero mi opinión es que no sería inconveniente tenerlo en la propia definición de incumplimiento.

Es un acierto la aceptación del sistema que distingue incumplimiento y lo define, de los remedios al incumplimiento. Uno de los problemas que plantea la actual regulación del Código estriba precisamente en esta superposición entre el hecho y sus consecuencias. La clara separación entre incumplimiento y remedios permitirá una mayor seguridad en el tratamiento de la única o más abundante cuestión planteada ante los tribunales.

## 2º Los causantes del incumplimiento.

Según la Propuesta, el incumplimiento puede ser producido por el deudor, sus auxiliares o el propio acreedor.

a) *El deudor* es la persona a quien primariamente se imputa el incumplimiento de la obligación, porque es quien asume la pretensión personalmente o por medio de auxiliares. Por ello el art. 1188 se refiere al deudor en la propia definición. Ni el art. 1:303 PECL, ni el art. III.- 1:102 (3) DCFR contienen ninguna referencia al deudor, aunque se sobrentiende que quien incumple va a ser la persona obligada a efectuar la prestación comprometida.

b) *Los auxiliares en el cumplimiento*. El art. 1189 dice que “si el deudor se sirviera del auxilio de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo”. Esta misma regla aparece en los arts. 8:107 PECL y III.-2:106 DCFR, donde se dice que el deudor que encarga el cumplimiento de una obligación a otra persona resulta responsable por el cumplimiento<sup>21</sup>. Esta regla no existe en nuestro Código, aunque los autores reconocen que existe un principio general que obliga contractualmente al deudor “por su auxiliar de cumplimiento [o sea, indirectamente, por otro], en las mismas condiciones, con los mismos límites y con la misma extensión, en que y con que habría respondido personalmente frente a su acreedor dañado, de haber realizado él en persona la misma conducta lesiva que ha desplegado el tercero, a quien encomendó las actividades de cumplimiento de su propia obligación”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Trad propia. El texto original dice: “Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation”

<sup>21</sup> Comentario Picazo *Fundamentos II*, cit., p. 729. *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. (Comentarios DCFR) Full edition*. Vol I. Selier, Munich, 2009, p. 739.

<sup>22</sup> Jordano Fraga. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Civitas, Madrid, 1994, p. 499.

Según se dice en los Comentarios<sup>23</sup> al art. 8:107 PECL la relación interna entre la parte responsable y el tercero resulta indiferente al acreedor, por lo que da igual que el tercero que provoca el incumplimiento del que el deudor va a responder esté o no sujeto a las instrucciones de la parte, o que sea un subcontratista independiente<sup>24</sup>. Los autores se plantean al mismo tiempo el problema de si van a aplicarse a los terceros las causas de exoneración que se aplicarían al deudor incumplidor. Por una parte, se dice que no se plantea directamente esta cuestión en los PECL, aunque parece normal que se utilicen las que están previstas en el art. 8:108 PECL, que a su vez recogen una parte de la regla de exoneración prevista en el art. 79 CISG, cuyo párrafo segundo prevé expresamente por una parte, la aplicación al tercero encargado del cumplimiento y, además, si el deudor estuviere exonerado a su vez<sup>25</sup>. Resulta, sin embargo, curioso, que a pesar de las objeciones que a la responsabilidad por el hecho de tercero y su exoneración se plantean en los comentaristas españoles, la Propuesta tampoco se pronuncie sobre ello, por lo que sigue sin solucionarse el problema de si el tercero deberá o no responder frente al acreedor por el incumplimiento<sup>26</sup>.

c) También *el acreedor* puede haber ocasionado el incumplimiento. Sin embargo, no aparece directamente mencionado en la Propuesta como supuesto de tal, sino que puede considerarse incluido en el segundo párrafo del art. 1188, que dice: “Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”. La regla aparece en el art. 80 CISG que dice que “una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla”. Una norma de tal tipo no existe en los PECL ni en el DCFR, aunque sí existe el deber de cooperación impuesto al deudor y al acreedor para obtener la finalidad perseguida con el contrato. El tratamiento del incumplimiento de este deber de cooperar es distinto en los PECL y en el DCFR; en los PECL, la infracción del deber de cooperación produce el incumplimiento (art. 1:301 (4)), mientras que no queda incluida en el art. III.-1:102 (3), que contiene una redacción más general. Las referencias al comportamiento del acreedor en relación al incumplimiento aparecen tanto en los PECL, como en el DCFR no como una categoría específica del incumplimiento, ni tampoco como una causa de exoneración del deudor, como ocurre en la CISG y en la Propuesta española, sino como una causa que impide ejercitar los remedios establecidos para el incumplimiento. Así el art. 8:101 (3) PECL dice que “una parte no puede recurrir a ninguno de los remedios establecidos en el capítulo 9 en la medida en que su propio comportamiento causó el incumplimiento de la otra parte”; también el art. III.-3:101 (3) DCFR establece que el acreedor no puede recurrir a ninguno de los remedios por el incumplimiento establecidos en el propio artículo cuando el propio acreedor haya causado el incumplimiento del deudor.<sup>27</sup> Lo que debe remarcarse es que en estos textos parten de la existencia de una buena fe en el cumplimiento, en base al deber de cooperación entre ambas partes, por lo que sería contrario a la buena fe “que el acreedor dispusiera de un remedio siendo, al mismo tiempo, responsable del incumplimiento”<sup>28</sup>.

10

En definitiva, todos los textos estudiados asumen de una forma u otra la denominada mora del acreedor, no tanto como causa de exoneración del deudor, sino como supuesto que impedirá al acreedor ejercitar alguno de los remedios previstos para el incumplimiento. No es, por tanto, el mismo supuesto que se plantea en la Propuesta, que se inclina a favor del art. 80 CISG.

<sup>23</sup> *Principios* cit. p. 556.

<sup>24</sup> *Comentarios DCFR*, p. 738-740

<sup>25</sup> Díez Picazo, Roca, Morales, Ob. Cit. P. 330.

<sup>26</sup> El art. 6:102 de los Principios del Derecho europeo de la Responsabilidad civil introducen también la responsabilidad “por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible”. Publicado en *European Group on Tort Law. Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad civil*. Traducción a cargo de la “Red española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)”, coordinada por M. Martín Casals. Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2008.

<sup>27</sup> Trad. Propia. “(3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor’s non-performance”. *Comentarios DCFR*, p. 773

<sup>28</sup> *Principios* cit. P. 527, donde se añade que la situación más evidente es la de la mora del acreedor, aunque también deben incluirse casos en los que influye en el incumplimiento, como cuando tiene deber de informar y se da una información inadecuada o incompleta.

### 3º Las causas de exoneración de la responsabilidad del deudor.

El nuevo enfoque en relación al incumplimiento provoca que la discusión se centre en las causas de exoneración de la obligación del deudor de responder por los daños y perjuicios causados y se desplace, por tanto, del incumplimiento o de las causas de extinción de las obligaciones, como ocurre en la actualidad. Debemos, por tanto, ocuparnos ahora de estos supuestos.

La idea de la exoneración aparece en el art. 79 CISG, en la que se establece que “una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad [...]”. Debe repetirse para conseguir una total comprensión del nuevo sistema, que la concurrencia de una causa de exoneración no deja de producir el incumplimiento, pero no conllevará la indemnización de los perjuicios.

En la Propuesta, las causas de exoneración están contenidas en el art. 1209, muy semejante, aunque más claro que el transcrito art 79 CISG, y que empieza diciendo que “no será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes”.

Las causas de exoneración, por tanto, solo excluyen la indemnización de daños y perjuicios, porque como señala el art. 1209.4 de la Propuesta, en esta situación, el acreedor puede ejercer todos los remedios derivados del incumplimiento que no sean la indemnización de los daños y perjuicios, puesto que de acuerdo con el art. 1205.2, el derecho a la indemnización “es compatible con las demás acciones que la ley reconoce en caso de incumplimiento”. Esta norma también aparece en los textos que sirven de precedente a las reglas contenidas en la Propuesta: el art. 8:102 PECL establece la compatibilidad de las medidas o remedios y asimismo el art. III.-3:102 DCFR.

11

Las causas de exoneración son las siguientes:

1ª Fuerza mayor o caso fortuito, cuando se dice en el art. 1209 1º, “que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad [del deudor] y extraño a su esfera de control”.

2ª “Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias”.

Los dos párrafos no contienen causas distintas de exoneración, sino que se está previendo únicamente la fuerza mayor y el caso fortuito<sup>29</sup>, que según estos dos párrafos, tiene los siguientes requisitos: a) impedimento ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control, y b) que no le corresponda preverlo o evitarlo o superar sus consecuencias. Es, por tanto, un incumplimiento no imputable al deudor; no es que no se haya producido el incumplimiento, sino que el deudor no será responsable del mismo, porque, como se afirma, la causa de exoneración “no debe interpretarse bajo la idea de falta de culpabilidad”<sup>30</sup>.

Sin embargo, la redacción de la Propuesta cae en algunos de los problemas con que se encuentra la regla paralela en los PECL y el DCFR, es decir, debería aclararse qué ocurre con los efectos de la concurrencia de una causa de exoneración. La concurrencia de una causa de este tipo impide la reclamación de los daños y perjuicios, pero el art. 1209.4 de la Propuesta establece, como sus precedentes, que la concurrencia de este tipo de causa no impide al acreedor el ejercicio de las otras acciones o remedios que están previstos en el art. 1190. Concretamente, el problema se plantea en torno a la necesidad de resolver o no el contrato

<sup>29</sup> *Principios*, cit. P. 558.

<sup>30</sup> Díez-Picazo, Roca, Morales, Ob. Cit, p. 327.

incumplido, porque como ya se ha dicho, la exoneración no excluye el incumplimiento. Antes de llegar a una conclusión ante este problema debe señalarse otra novedad que introduce la Propuesta en el art. 1209<sup>31</sup>: se trata del mantenimiento de la exoneración mientras dura el impedimento. Para poner un ejemplo: si un contratista debe edificar una casa y le resulta imposible debido a la lluvia persistente durante diez días, lo que se exonera es el periodo durante el cual la lluvia ha impedido la construcción, no el posterior. Sin embargo, si debe entregarse una determinada cantidad de piezas de ropa, pero el almacén donde se encuentran depositadas a la espera de la entrega se quema totalmente, existe una causa de exoneración permanente<sup>32</sup>. La Propuesta es un poco más sencilla que sus hermanas del PECL y el DCFR y dice simplemente que “la exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento”.

En el fondo existe una regla de protección del contrato: sabemos que en el segundo caso será imposible el cumplimiento; pero la Propuesta no nos dice que en este caso se produce una extinción de las obligaciones derivadas del contrato, no dice más que ello no va a comportar, además, la imposición de la indemnización por la concurrencia de una causa de exoneración. Ello lleva a la aplicación de la doctrina de la imposibilidad, porque no aceptarla sería tanto como concluir que si bien el contrato versa sobre cosas imposibles o su cumplimiento también lo es, el acreedor afectado debe interponer una acción para la resolución de un contrato inútil: para la boda de mi hija contrato a un tenor que no puede acudir debido a una huelga de pilotos de avión iniciada de forma salvaje la propia mañana del día de la boda; estamos ante un contrato imposible sin culpa del deudor, por lo que, éste estará exonerado ya que las causas de su incumplimiento son debidas a la fuerza mayor y además resulta fuera de su control la previsión del impedimento. El acreedor no puede ejercer la acción para exigir el cumplimiento, no puede pedir la reducción del precio. Queda pendiente la de resolución del contrato, pero resulta absurdo que se pida la resolución de un contrato que ha devenido imposible. El DCFR es posiblemente consciente del problema, porque en el art. III.-3:502 en los casos de extinción del contrato por incumplimiento fundamental, como ocurre en el ejemplo del tenor que debe cantar el día de una boda, al definir lo que debe entenderse por incumplimiento esencial [*fundamental non-performance*] dice que será esencial aquel incumplimiento que priva al acreedor de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a no ser que el deudor no hubiera previsto y no pudiera razonablemente esperarse que hubiera previsto el resultado<sup>33</sup>. Es decir, que en los supuestos en que concurre fuerza mayor, según el último texto, no hay incumplimiento esencial y, por tanto, no puede haber resolución del contrato. Quizá esta parte debe recuperarse para la Propuesta que se está estudiando.

12

En conclusión, el incumplimiento no se basa en la Propuesta en razones subjetivas, la diferencia entre culpa y negligencia, imposibilidad sobrevenida, etc. Pero es evidente que no todo incumplimiento debe ser imputable al deudor y por ello no se excluye la noción de inobservancia, sino que se fija el sistema de remedios, que se basan de forma exclusiva en el incumplimiento.

### **B) Las acciones del acreedor.**

Ante un incumplimiento del tipo que sea, el art. 1190 de la Propuesta dice que “en caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios”. Este artículo se completa con la acción de suspensión en las relaciones sinalagmáticas, previsto en el art. 1191 Propuesta y la compatibilidad de acciones en el art. 1209.4<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Que se recoge de los arts. 8:108 PECL y III.-3:104 DCFR.

<sup>32</sup> *Principios*, cit., p. 561.

<sup>33</sup> Art. III.-3:502 (2) “A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result”.

<sup>34</sup> Se encuentra en los arts. 8:103 y 9:103 PECL y art. III.-3:102 DCFR.

### 1º La prestación en forma específica.

Una de las dificultades que se plantearon en la discusión de los PECL fue la relativa a la existencia o no de un derecho del acreedor a la prestación *in natura*, es decir si se reconocía o no el derecho al cumplimiento específico<sup>35</sup>. La respuesta a este interrogante va a depender de concepto de contrato que cada ordenamiento tenga. Algunos ordenamientos jurídicos no aceptan que el acreedor tenga derecho a pedir al juez que condene al deudor al cumplimiento efectivo de la obligación tal como ha sido pactado; el acreedor debe conformarse con una compensación económica, aunque se producen algunas excepciones cuando se considera que la indemnización no es una solución adecuada. El derecho al cumplimiento específico fue una de las soluciones aceptadas por los juristas anglosajones en la comisión que discutió los PECL, porque en definitiva es el medio primario que permite satisfacer el interés perseguido por el acreedor.

En los PECL hay dos disposiciones que permiten concluir que el acreedor tiene derecho a exigir la prestación en la forma acordada: el art. 9:101 relativo al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, y el art. 9:102 relativo a las no pecuniarias. Estas disposiciones se reproducen en los arts. III.- 3:301 y III.- 3:302 del DCFR y tienen como base en buena parte los arts. 61 y 62 CISG.

- En las obligaciones pecuniarias, el acreedor tiene derecho a recibir el dinero debido. El art. 1192.1 de la Propuesta dice que “el acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento”<sup>36</sup>. El precedente claro de esta norma se encuentra en el art. 9:101 (1) PECL, que establece que “El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe” y que se repite en el art. III.-3:301 (1) DCFR, que contiene la misma regla.

- Las obligaciones no pecuniarias son las que permiten el cumplimiento específico, tal como se recoge en el segundo párrafo del art. 1192 de la Propuesta que dice “En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida”. Está claramente establecido en el art. 9:102 (1) PECL, que establece que “la parte interesada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias, y a que se repare un cumplimiento defectuoso de las mismas”. Como se ve esta norma es más amplia que el art. 1192, aunque este derecho a la reparación o rectificación de defectos se especifica en el art. 1193, que impone asimismo la reparación o rectificación de los vicios de la prestación acordada e incluso la sustitución por otra conforme y siempre en los términos pactados.

Como ya he dicho antes, el cumplimiento de forma específica de la obligación se aceptó como una solución de compromiso por los países anglosajones, que introdujeron la excepción contenida en el art. 9:102 (1) PECL y en el cuarto párrafo del art. III.- 3:302 (4) del DCFR. De acuerdo con estas Propuestas internacionales, el acreedor no puede reclamar el cumplimiento específico si no lo requiere así dentro de un plazo razonable de tiempo después que haya conocido o hubiera podido conocer el incumplimiento producido<sup>37</sup>. En este caso queda abierto el derecho a reclamar los daños y perjuicios. En la Propuesta española no se reproduce esta norma, rigiéndose el tema por las reglas de la prescripción.

Además, se establecen también reglas para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, que se recogen en el art. 1191 de la Propuesta, de acuerdo con los arts. 9:101 (2) PECL y art. III.- 3:401 DCFR.

<sup>35</sup> Díez Picazo, Roca, Morales. Ob. Cit., p. 333-335 señalan que el derecho al cumplimiento “es un remedio cuestionable, no reconocido en todos los ordenamientos y que no siempre es oportuno”. Ver asimismo *Principios*, p. 580.

<sup>36</sup> *Principios*, cit., p. 576.

<sup>37</sup> Ver el significado de estas normas en *Principios*, p. 586 donde dice que esta disposición complementa las disposiciones relativas a la prescripción y trata de proteger a la parte incumplidora ante una reclamación extemporánea.

Sin embargo, no todo incumplimiento va a dar lugar a la ejecución específica de la obligación, puesto que el art 1192 contiene cuatro excepciones a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento. Se trata de los siguientes casos:

i) que la prestación sea física o jurídicamente imposible. Esta regla está totalmente en armonía con la norma que introduce las causas de exoneración de la indemnización de los daños y soluciona el problema antes planteado respecto al ejercicio de la acción de cumplimiento. La regla que impide el cumplimiento específico en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación debe completarse con el art.1196 de la Propuesta que permite la subrogación del acreedor en todas las acciones que el deudor tuviere por razón de la destrucción de la cosa cuando la obligación consista en la entrega de una cosa específica.

ii) que el cumplimiento o en su caso la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosas para el deudor<sup>38</sup>. Los comentarios al art. 9:102 (2) a) PECL dicen que no se puede definir cuándo un gasto puede resultar desproporcionado<sup>39</sup>,

iii) La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. Esta excepción no se encuentra en los precedentes, aunque sí se exceptiona el caso de que la prestación no sea razonable, en que no se puede, en consecuencia, pedir el cumplimiento en forma específica. Podrían incluirse aquí los casos de abuso del derecho, entre otros posibles.

iv) La prestación sea personal del deudor. Nos hallamos ante obligaciones personalísimas, que están también recogidas en los precedentes. Por ejemplo, el art. 9:102 (2) contiene la excepción que “el cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal”<sup>40</sup>.

La Propuesta contiene otras dos reglas relativas, la del art. 1195, a la obligación de emitir una declaración, que se remite a lo establecido en el art.708 LEC, siempre que no exista una pena para el caso de incumplimiento, en que solo podrá exigirse la efectividad de la cláusula penal. Finalmente, en cuanto a los efectos de la insatisfacción de quien hubiese pretendido el cumplimiento de una pretensión no dineraria, que podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce. Esta regla es una consecuencia del principio de acumulación de acciones establecido en esta Propuesta, al igual que en el DCFR, cuyo art. III.-3:102 establece que los remedios (acciones) no incompatibles puede acumularse. A nadie se le escapa la problemática procesal de esta cuestión; lo correcto sería que el acreedor insatisfecho acumulase en la misma demanda las acciones pertinentes, más la de indemnización, para evitar el riesgo de la cosa juzgada.

## 2º La reducción del precio.

El art. 1197 desarrolla el remedio consistente en la reducción del precio. Dice que “La parte que hubiera recibido una prestación no conforme con el contrato podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que hubiera tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato”. Este artículo incluye uno de los remedios que se introducen en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 mayo 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Los PECL lo aceptaron en el art. 9:401 y se reproduce también en el art. III.-3:601 DCFR.

<sup>38</sup> Diez Picazo, Roca, Morales. Ob. Cit., p. 341. Ver asimismo STC de 17 noviembre 1991 y STS 2 julio 1998.

<sup>39</sup> *Principios, cit.*, p. 583

<sup>40</sup> El art. 9:101 (2) PECL incluía una excepción al cumplimiento en forma específica basado en que el acreedor pueda obtener la satisfacción de su interés por medio de otra conducta. Esta excepción no se contiene en el art. 1192 de la Propuesta ni en el art. III.-3:302 DCFR.

En todas estas normas se está generalizando el principio de conformidad introducido en la Directiva antes citada, cuyo origen se encuentra en la CISG<sup>41</sup>. La idea es que el comprador debe entregar la cosa *conforme* se ha pactado en el contrato de compraventa, de manera que esta obligación produce una cierta uniformización de las consecuencias del incumplimiento por parte del deudor-vendedor. Es un caso de incumplimiento que podrá discutirse si se aplica solo a la cualidad de la cosa o bien también a la cantidad pactada<sup>42</sup>. Dice Morales que la Directiva tiene como justificación la síntesis de los dos sistemas europeos en relación a la compraventa<sup>43</sup> y aunque la limita al tipo de ventas previsto en la propia Directiva, no cabe la menor duda que la ampliación del campo de actuación del principio de conformidad es posible.

La Propuesta introduce en el art. 1197 el concepto de conformidad en relación con el precio que debe pagar o que ha pagado ya. Por tanto hay una posibilidad *ex ante* de reducir el precio del bien no conforme, de modo que recibido éste o bien no recibido y examinadas sus cualidades, se puede reducir lo que se debe pagar. Pero también puede ocurrir que se haya pagado y una vez en poder del comprador, la cosa no sea conforme con las cualidades pactadas u ofrecidas, en cuyo caso, el art. 1197 de la Propuesta permitiría pedir la devolución del exceso pagado. En cualquier caso, no hay posibilidad de reclamar indemnizaciones por la disminución del valor de la cosa (art. 1198) y, además, la facultad de reducción del precio se limita a un plazo de caducidad de seis meses a partir del momento en que se hubiera recibido la prestación. No se limita el plazo de ejercicio antes de haber recibido la cosa objeto del contrato.

Como ya he dicho, con la Propuesta se generaliza un remedio previsto inicialmente para cierto tipo de compraventas. Esta afirmación resulta del comentario a los PECL que dice en relación al art. 9:401 que “generaliza la solución que aporta la *actio quanti minoris*”<sup>44</sup>; la Propuesta española es clara en este sentido porque además de generalizarla como remedio general en uno de los casos de incumplimiento contractual, consistente en la que ahora debe denominarse como *falta de conformidad*, la especifica en los 1474 y ss, que modifican el contrato de compraventa de acuerdo con la Directiva y donde se define lo que significa *conformidad*. Se dice en el art. 1474 que “la cosa entregada debe ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y debe estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad”.

15

En conclusión, pues, la reducción del precio constituye un remedio para un incumplimiento específico que excepcionalmente no es compatible con la indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, porque la reducción del precio evita este perjuicio, aunque no excluye la indemnización por otro perjuicio causado (art. 1198).

### 3º La resolución por incumplimiento.

La Propuesta dedica seis artículos a regular lo que en ella se denomina “la resolución por incumplimiento”. Esta es sin duda, la parte más importante de la Propuesta y con ello se intenta, por una parte, establecer una regulación clara de la resolución y, por otra, incorporar la sistematización de los PECL que introducen un grado de racionalidad en una situación muy corriente y ciertamente, mal regulada en el Código civil español, ya que la errática posición del art. 1124 CC es evidente.

La resolución se encuentra recogida como *remedy* en los arts. 64 CISG, 9:301 ss PECL y III.- 3:501 ss DCFR. En los textos europeos se utiliza la palabra *termination*, que aparece definida en el DCFR del modo siguiente: “Termination” en relación con un derecho, obligación o relación jurídica existente, significa acabar dicho derecho para el futuro, excepto que se

<sup>41</sup> Morales Moreno. *La modernización del derecho de obligaciones*. Thomson Civitas. Madrid, 2006, p. 167

<sup>42</sup> En *Principios*, cit., p. 634 se afirma que el remedio del ajuste del precio se aplica “con independencia de que la falta de conformidad con el contrato afecte a la cantidad, a la calidad, al momento de la prestación o a otros elementos”. Sin embargo, la Directiva no se ha traspuesto de la misma forma en los distintos ordenamientos europeos. Ver Morales. Ob. Ult. Cit., p. 169.

<sup>43</sup> Morales Moreno. Ob. Ult. Cit., p. 168

<sup>44</sup> *Principios*, cit. P. 634

haya establecido otra cosa<sup>45</sup>. No existe una definición en la Propuesta española, ya que el art. 1199 dice que “cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de ser considerado como esencial”. Para una interpretación correcta, esta disposición debe integrarse con el art. 1188 que define lo que es incumplimiento, es decir, la no realización exacta de la prestación; cuando ello es “esencial”, la parte afectada por el incumplimiento podrá pedir la resolución del contrato. De ahí que se produzcan dos efectos importantes con esta Propuesta: i) al parecer, solo el incumplimiento que tenga la característica de esencial podrá dar lugar a la resolución, *termination*, del contrato, y ii) resulta absolutamente necesario en este contexto la determinación del significado de la esencialidad.

Díez Picazo<sup>46</sup> pone de relieve lo que ya resulta absolutamente conocido sobre las diferentes líneas jurisprudenciales interpretativas de lo que significa incumplimiento a los efectos de la resolución del contrato. Tanto Díez Picazo, como Clemente se refieren a que en los últimos tiempos, la jurisprudencia requiere que el incumplimiento sea esencial, entendiendo como tal “la falta de la obtención de la finalidad perseguida, frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido”<sup>47</sup>. La característica consistente en la “esencialidad” del incumplimiento aparece recogida en el art. 1200 de la Propuesta, que se examinará.

Pero antes de entrar a examinar el contenido de estos artículos, debo poner de relieve que la resolución del contrato solo será posible cuando el incumplimiento pueda calificarse como esencial de acuerdo con el art. 1200, por lo que los remedios no constituyen un sistema de elección libre por el perjudicado, lo que demuestra que tanto en la Propuesta de reforma del Código civil, como en los textos europeos que le sirven de referente, está vigente el principio de conservación del contrato. En una primera aproximación, si relacionamos la acción de resolución con la definición de incumplimiento se podría llegar a la conclusión de que cualquier no ejecución de la obligación debería llevar a la resolución. Pero teniendo en cuenta la importancia de los efectos que va a producir la resolución de las obligaciones derivadas del contrato, la Propuesta, así como los PECL y el DCFR lo prevén con unos límites y para unas determinadas circunstancias.

16

Esta regulación se contiene en el art. 64 CISG, del que derivan precisamente los arts. 9: 301 PECL y III.- 3:502 del DCFR. El artículo 9:301 PECL dice que “(1) una parte puede resolver el contrato si el incumplimiento es esencial” y “(2) En caso de retraso, la parte lesionada puede igualmente resolver el contrato de conformidad con el art. 8:106”. Esta acción es compatible con la indemnización de los daños y perjuicios. Una fórmula parecida se emplea en el art. III.- 3:502 DCFR.

a) *Las causas de resolución del contrato.* El acreedor puede ejercer la acción para pedir la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial, lo que se completa en el art. 1200 de la Propuesta que contiene una lista de conductas que pueden producir el incumplimiento esencial. Son: i) el retraso; ii) la falta de conformidad en el cumplimiento; iii) el mismo supuesto cuando el acreedor haya aceptado un plazo razonable y el deudor no lo cumpliera o subsanare la falta de conformidad, y iv) el riesgo patente de incumplimiento esencial cuando no haya una garantía adecuada de cumplimiento en un plazo razonable.

<sup>45</sup> “Termination”, in relation to an existing right, obligation or legal relationship, means bringing it to an end with prospective effect except in so far as otherwise provided” La lista de definiciones aparece en el anexo del DCFR, al que se remite el art III.-1:108.

<sup>46</sup> Díez Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*, cit. p. 43. En el mismo sentido, Clemente Meoro, ob.cit. p. 30-34.

<sup>47</sup> Díez Picazo. Ob.ult.cit., p. 61. En p. 75, examinando la tipología de los incumplimientos examinados en la jurisprudencia, señala diversas variantes: “1) Importancia y trascendencia para la economía de los interesados; 2) Entidad suficiente para impedir la satisfacción económica; 3) Falta de obtención de la finalidad perseguida; 4) Frustración (de expectativas, aspiraciones o del fin del contrato, que a veces se califica como fin práctico); 5) La quiebra de la finalidad económica y la importancia en la economía del contrato”.

Es decir que en la Propuesta hay, por una parte, un incumplimiento esencial, expresión abierta que deberá integrarse con el art. 1188 y además, con el examen del caso concreto. Por otra parte, hay una serie de conductas que se asimilan al incumplimiento esencial y que son las recogidas en el art. 1200. Todo ello conforma el cuadro de las causas del incumplimiento<sup>48</sup>.

*i) Incumplimiento esencial.* Cuál es el incumplimiento que va a permitir la resolución de las obligaciones contractuales. Los PECL, en el art. 8:103, inspirados claramente en el art. 25, CISG dicen que “el incumplimiento de una obligación es esencial si: a) la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; o b) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato a menos que la otra parte no haya previsto y no haya podido prever razonablemente tal resultado; o c) el incumplimiento es intencional y da a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte”. En el art. III.- 3502 (2) DCFR se matizan algunas de las causas y así se dice que un incumplimiento es fundamental en los casos en que: (a) prive sustancialmente al acreedor de lo que este podía legítimamente esperar de acuerdo con el contrato, entendido como la parte del cumplimiento completa o relevante, a no ser que en el momento de la conclusión del contrato el deudor no hubiera previsto este resultado; (b) el incumplimiento es intencional o imprudente y da razones al acreedor para creer que el deudor no cumplirá en el futuro<sup>49</sup>. De aquí derivan dos posibilidades, cualquiera de las cuales va a permitir al acreedor resolver el contrato cuya obligación se ha incumplido, partiendo del principio general que consiste en que el cumplimiento estricto de la obligación corresponde a la naturaleza del contrato<sup>50</sup>. Se puede poner el ejemplo del traje de novia que debe ser entregado en una fecha determinada. A partir de aquí, va a ser el art. 8:103 PECL el que nos dirá cuándo va a producirse un incumplimiento esencial que va a permitir la resolución del contrato según el art. 9:301 PECL. En definitiva, es esencial el incumplimiento porque el cumplimiento estricto de la obligación corresponde a la esencia del contrato. Esta regla se encuentra también en los arts. III.-3:502 y 3:504 DCFR<sup>51</sup> y esto permite incluir normas derivadas de la voluntad de las partes que configuran determinadas obligaciones como esenciales, lo que puede derivar tanto de estipulaciones expresas, como de los propios términos del contrato. Por ejemplo, si se somete el contrato a condición resolutoria. Según se especifica en los comentarios de esta norma, de acuerdo con ello, cualquier tipo de incumplimiento podrá considerarse como esencial y dar lugar a la resolución, aunque ciertamente, también la ley puede imponerlo.

17

No voy a insistir en el estudio de las causas que producen el incumplimiento esencial. Lo que sí quiero poner de relieve es que en este punto la Propuesta se desvía de sus precedentes y establece un elenco de causas con límites más abiertos y más dados a la interpretación en cada caso concreto. Sería conveniente una concreción de los casos.

*ii) Retraso en el cumplimiento.* Tanto los PECL como el texto del DCFR, eliminan la mora en el sentido que se ha venido entendiendo en el derecho español de acuerdo con el art. 1100 CC y que tantos problemas teóricos y prácticos ha venido produciendo. En el comentario al art. 8:106 PECL se dice claramente que no es necesaria formalmente una intimación del perjudicado para que exista un incumplimiento de la otra parte<sup>52</sup>. Sin embargo, no excluyen que el retraso en el cumplimiento de la obligación deba ser considerado como una causa de incumplimiento. Así se encuentra admitida en el art. 49.1, b) CISG, que establece que “En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del art. 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado” el comprador podrá declarar resuelto el contrato. Esta regla se incluye en

<sup>48</sup> Esto aparece también en el art. 9:301 PECL, que incluye: i) el incumplimiento *esencial*, y ii) el retraso en el cumplimiento.

<sup>49</sup> Trad. Propia. El texto dice: “(2) A non performance of a contractual obligation is fundamental if (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on”.

<sup>50</sup> *Principios*, cit., pp 534-535, así como Díez Picazo. Morales, Roca, ob. Cit., p. 352.

<sup>51</sup> Comentarios DCFR, p. 852 ss.

<sup>52</sup> *Principios* cit., p. 548

el art. 9:301 (2) PECL, que se remite a lo dispuesto en el artículo 8:106 (3) PECL que permite fijar un plazo adicional para permitir el cumplimiento, que no olvidemos, es la norma principal en los PECL en relación al contrato. El citado párrafo tercero dice que “en caso de retraso en el cumplimiento, que no sea sustancial, la parte perjudicada que hubiera notificado la fijación de un nuevo plazo de una duración razonable, puede dar por terminado el contrato al finalizar este periodo”. Hay que tener en cuenta que el supuesto no exige que el retraso constituya un incumplimiento esencial<sup>53</sup> y se señala que esta causa de resolución se produce cuando el deudor “aunque no manifieste una oposición al cumplimiento e incluso ofrezca razones para justificarlo, de hecho no cumple su obligación en el momento en que está obligado a hacerlo”.

De hecho el art. 1200.1 de la Propuesta no elimina la mora, aunque la moderniza. Dice este párrafo que “en caso de retraso [...] en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere [...]”, aunque no será necesario “si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones”. Hay que partir de la base que el art. 1199.2 requiere que se notifique a la otra parte el ejercicio de la facultad de resolución de la obligación. Pero además, el art. 1201 permitiría al deudor un incumplimiento tardío, que enervaría la facultad de resolver. Esta regla proviene del art. 64.2 CISG, que establece una serie de supuestos en los que el vendedor no podrá declarar resuelto el contrato, partiendo de la base que el comprador ha pagado el precio de las mercaderías. El art. 1201 de la Propuesta pretende simplificar y generalizar los tipos previstos en el art. 64.2 CISG, pero la regla propuesta es de difícil comprensión, ya que se refiere a un “plazo razonable” desde que el acreedor tuvo noticia o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento. De hecho, se reproduce aquí casi literalmente el texto del art. 64.2 CISG.

La cuestión problemática se centra en la atribución de un plazo adicional de cumplimiento: el art. 1201 parte de la idea de que es el deudor quien ofrece cumplir tardíamente y por ello, el acreedor le señalará un nuevo plazo. Los textos europeos parten de la situación contraria, es decir, el acreedor concede a la otra parte una prórroga para ejecutar la prestación comprometida; así en el art. 8:106 PECL y III.-3:503 DCFR. Ciertamente, ambas situaciones son posibles.

iii) *Riesgo patente de incumplimiento*. El acreedor puede resolver también cuando se constate que existe un riesgo patente de que el deudor va a incumplir sus obligaciones. El art. 1200.2 tiene su paralelo en el art. III.-3:504 DCFR, que prevé esta posibilidad. El riesgo de incumplimiento debe ser esencial y puede evitarse la resolución prestando el deudor la garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable fijado por el acreedor.

b) *El ejercicio de la acción de resolución*. Uno de los problemas esenciales que se presenta en el derecho comparado en relación a la resolución del contrato se refiere a la forma de ejercitarla. En determinados sistemas jurídicos, la resolución se puede ejercer únicamente por la vía judicial y por tanto requiere una sentencia en la que se declare previamente la resolución; así ocurre en el Código civil francés (art. 1184) y en el Código italiano (art. 1453), aunque admite también una resolución automática si el acreedor ha fijado un plazo para cumplir. En otros ordenamientos como en *Common Law*, el Código portugués (art. 436,1) y el Código holandés (art. 6:267) únicamente se exige que se comunique a la parte incumplidora la resolución del contrato, sin necesidad de que se ejercite una acción judicial.

Aunque puede considerarse que el Código español forma parte del primer grupo de ordenamientos jurídicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado esta exigencia a partir de una sentencia de 28 febrero 1989, donde se dice que “la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de resolver el contrato”<sup>54</sup>. En los textos

<sup>53</sup> Díez Picazo, Roca, Morales. Ob.cit., p. 355 y 357.

<sup>54</sup> Díez Picazo. *Fundamentos*. II, cit, pp 840-841. *Principios*, p. 611.

internacionales que estamos examinando se admite que la resolución se ejercite con la simple comunicación a la parte incumplidora. Así se deduce de lo que disponen los artículos 49 y 64 CISG. El art. 9:303 (1) PECL dice que “el derecho de la parte a resolver el contrato se ejercita mediante la notificación a la otra parte”, de modo que resultan mucho más explícitos que sus precedentes y la misma regla se reproduce en el art. III.-3:507 (1) DCFR.

De acuerdo con todo ello, el art. 1199 de la Propuesta no exige el ejercicio judicial de la resolución del contrato, sino únicamente que se haya comunicado al deudor incumplidor, “mediante notificación”. La amplitud de la redacción permite entender que la Propuesta es partidaria de cualquier tipo de notificación, a salvo los problemas de prueba que pueden plantearse en comunicaciones orales<sup>55</sup>.

c) *Los efectos de la resolución.* La resolución produce dos efectos: el liberatorio y el propiamente restitutorio. Los arts. 1202 y 1203 de la Propuesta determinan claramente los dos efectos: el primero se ocupa del efecto liberatorio y el segundo, del restitutorio.

i) *Efecto liberatorio.* El artículo 1202.1 establece que “la resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato”. Este efecto está también presente en el art. 9:305 PECL, que dice que “la resolución del contrato libera a ambas partes de sus obligaciones de efectuar y recibir cumplimientos futuros”, pero no “afecta los derechos y obligaciones que ya habían nacido en el momento de la resolución”. Es decir, de acuerdo con los PECL, la norma es que la resolución afecta a las obligaciones que aun deban cumplirse, pero al parecer no produce efectos retroactivos, por la expresión que se usa en esta disposición; es más, los comentarios a este artículo dicen de forma clara que la resolución no debería tener efectos retroactivos<sup>56</sup>. De esta cuestión me ocuparé en el siguiente apartado. Se trata, en consecuencia, de un efecto liberatorio principalmente, que legitimará para no atender, a partir de aquel momento, las reclamaciones de la otra parte. Díez Picazo apunta una solución intermedia cuando dice que los efectos resolutorios totales deben aplicarse a las obligaciones de cambio con efectos instantáneos, pero no a las duraderas, que se encontraban ya consumadas, como ocurre en el contrato de suministro, el arrendamiento, etc. en cuyo caso los efectos serán *ex nunc*<sup>57</sup>. Por tanto, la resolución tiene efectos de futuro, pero no retroactivos.

19

El art. 1202.1 mantiene las estipulaciones contractuales relativas a la resolución de los conflictos que se pueden generar entre las partes por causa de la resolución y, además, aquellas cláusulas que prevean las consecuencias para las partes que va a producir la resolución.

ii) *El efecto restitutorio.* El siguiente efecto previsto en el art. 1203 de la Propuesta es el restitutorio, en cuya virtud, “resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos con ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente”.

Los PECL optan claramente porque la resolución del contrato no produzca efectos retroactivos, como ya se ha visto; sin embargo, ello no evita los efectos restitutorios de la resolución, como se deduce del contenido de los artículos 9: 306, 9:307 y 9:308. Los comentarios justifican esta propuesta porque se considera que si se trata este caso como la nulidad, no podría la parte que ejerce la resolución verse privada de la indemnización de los daños y perjuicios a los que tiene derecho como remedio complementario; esto no es exacto, porque la nulidad no excluye necesariamente la obligación de indemnizar. El DCFR, sin embargo, amplía el

<sup>55</sup> La definición de *notice*, en el sentido de comunicación, aparece en el largo artículo I.-1:108 DCFR

<sup>56</sup> *Principios*, p. 618 porque se considera que no debe equipararse a la nulidad del contrato, ya que si el contrato nunca existió, la parte perjudicada podría verse privada de la indemnización por los daños y perjuicios y además se anularían todas las cláusulas establecidas para la resolución de conflictos. Este razonamiento influye claramente la redacción del primer párrafo del art. 1202. El art. III.-3:309 DCFR señala que la resolución produce la extinción de las obligaciones *pendientes* y no afecta a aquellas cláusulas previstas para la resolución de las discordancias entre las partes o de las cláusulas que deban ser operativas a la extinción del contrato. El acreedor mantiene el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios.

<sup>57</sup> Díez Picazo. *Fundamentos II*, cit. P. 873.

efecto restitutorio de forma radical en el art. III.- 3:510, que establece que cuando se resuelva un contrato, la parte que haya recibido algún beneficio derivado del cumplimiento de la obligación viene obligada a devolverlo y cuando ello ocurre con relación a las dos partes, existe una obligación recíproca de devolución, con lo que parece dar un giro en el tratamiento de los efectos de la resolución<sup>58</sup>. En los PECL existen tres excepciones a la falta de efectos retroactivos de la resolución: i) El artículo 9:306 PECL contiene una regla en la que se dispone que “la parte que resuelve el contrato puede rechazar un bien previamente recibido de la otra si el valor que dicho bien tenía para ella se ha reducido esencialmente como consecuencia del incumplimiento de la otra parte”. Es decir, que la parte puede devolver el bien que le proporciona ninguna ventaja como consecuencia del incumplimiento<sup>59</sup>; ii) El artículo 9:307 PECL permite “[...] recuperar el dinero pagado por un cumplimiento que no recibió o que legítimamente rechazó”. Esta norma se aplica a aquellos contratos que deban cumplirse por partes, y a los pagos realizados frente a las prestaciones que han dejado de cumplirse<sup>60</sup>; iii) La tercera excepción se encuentra en el art. 9:308 PECL, que dice que “una vez resuelto el contrato, la parte que hubiera entregado a la otra bienes que puedan ser restituidos y por los cuales no haya recibido pago u otra contraprestación, puede recuperar dichos bienes”. Se trata de bienes distintos del dinero; los terceros no deberían verse afectados, y finalmente, iv) La regla de cierre se encuentra en el art. 9:309 PECL, que establece que “la parte que hubiera efectuado una prestación de imposible restitución y por la cual no recibió pago ni otra contraprestación, puede recuperar un importe razonable por el valor que la contraprestación tuvo para la otra parte”<sup>61</sup>.

El marco común de referencia trata estas disposiciones de una forma un tanto distinta a como lo efectúan los PECL. Los arts. III.- 3:510 al III.- 3:514 DCFR tratan como normas de especificación de la obligación de devolver establecida en el primer párrafo del art. III.-3:510 las relativas a la restitución. La regla general consiste en que cuando una de las partes ha recibido algún beneficio debido al cumplimiento por la otra parte de las obligaciones asumidas de acuerdo con el contrato, asume la obligación de devolución, obligación que se convierte en recíproca cuando ambas partes han recibido este beneficio. A continuación, el propio art. III.-3:510 se refiere a diferentes tipos de obligaciones y los efectos que produce en ellas la resolución del contrato: i) cuando el pago consista en una prestación de dinero, debe devolverse la suma recibida; ii) las prestaciones que deben ser devueltas son las mismas que se han recibido durante la ejecución del contrato, aunque si ocasiona graves perjuicios al obligado, puede éste devolver su valor; iii) los casos en que aquello que deba devolverse no pueda ser devuelto se pagará el valor, y iv) esta obligación incluye los beneficios y los frutos. De esta forma se convierten en reglas que determinan los efectos restitutorios de la resolución, no en excepciones a la regla de la no retroactividad.

20

Las razones de estas reglas son muy claras: evitar el enriquecimiento de ninguna de las partes, ya que la resolución debe tender a dejar las cosas como antes de la celebración del contrato. En un sistema que deja de lado la culpa como criterio de imputación del incumplimiento, resulta muy coherente establecer un claro efecto restitutorio, que no significa un efecto retroactivo, ni tan solo en el Marco común de referencia.

### **C) La indemnización de los daños y perjuicios.**

Una corta referencia a la indemnización por los daños causados por el cumplimiento. La cuestión es mucho más compleja y ella misma necesita de un trabajo independiente.

<sup>58</sup> Comentarios DCFR, p. 893.

<sup>59</sup> *Principios*, p. 620. donde se pone el ejemplo de una empresa de informática que proporciona a su cliente el hardware, pero no el software; el incumplimiento le permite devolver el hardware inútil si no le proporcionan la otra parte de aquello a que se obligó en el contrato. Los propios Comentarios señalan que la reducción del valor puede provenir de la falta de conformidad de la cosa, del retraso esencial de la entrega o de que no se haya ejecutado el resto de la prestación, caso al que se refieren el ejemplo que se ha reproducido. Es cierto que podría quedárselo y pedir una indemnización por los daños y perjuicios, pero parece más útil la devolución.

<sup>60</sup> *Principios*, p. 622.

<sup>61</sup> *Principios*, p. 626

La indemnización de los daños y perjuicios no es necesariamente un remedio autónomo en la Propuesta, como no lo es ni en los PECL ni en DCFR. Se puede compatibilizar con cualquier otro remedio y así se establece en el artículo 1190, donde se establece que en caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer alguno de los remedios que antes se han examinado y “en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”, siendo compatible según el art- 1205.2 “con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento”. Esta misma regla está contenida en el art.8:102 PECL, cuando dice que “las medidas que no sea incompatibles pueden acumularse. En concreto, no se pierde el derecho a la indemnización de daños y perjuicios por ejercitar cualquier otra acción” y también aparece en el art. III.-3:102 DCFR<sup>62</sup>. Específicamente se encuentra la misma referencia en el art. 9:103 PECL, en el caso de que el acreedor exija el cumplimiento específico y solamente se excluye en el art. 1198 cuando la parte perjudicada haya optado por la reducción del precio, como también ocurre en el art. 9:401 (3) PECL si bien en ambos casos, la parte perjudicada continúa estando facultada para reclamar indemnización por cualquier otra pérdida que haya sufrido en la medida en que tales daños sean exigibles<sup>63</sup>.

La regla, por tanto, es que cuando se den los requisitos a que voy a referirme, se tiene derecho a la indemnización de los daños. Estos requisitos son: i) que se haya producido un perjuicio, porque debe remarcar que no siempre el incumplimiento genera un perjuicio<sup>23</sup>; de esta manera hay que concluir que el incumplimiento por sí solo no es un daño resarcible y solo si ha llegado a producir una pérdida o un daño, nace la obligación de resarcir; ii) no depende de la culpa del deudor incumplidor, porque como ya se ha dicho, el sistema de la Propuesta que se está examinando, no se liga el incumplimiento a la concurrencia de culpa. La intencionalidad en el incumplimiento podrá constituir un supuesto de resolución del contrato (art.1199), pero ello aparece completamente desligado de la obligación de indemnizar; iii) sin embargo, no existe dicha obligación en aquellos casos en que la Propuesta exonera al deudor incumplidor y que se encuentran contenidos en el art. 1209, que se ha estudiado anteriormente.

21

El acreedor debe probar la existencia de daños y perjuicios, que según el art. 1207, “comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también la ganancia que haya dejado de obtener”, es decir, el daño emergente y el lucro cesante. En este punto, la Propuesta se diferencia sustancialmente de sus precedentes. En efecto, el art. 9:501 (2) PECL permite la reclamación de pérdidas no pecuniarias y pérdidas futuras. Por tanto, en los PECL se incluyen como conceptos que pueden ser objeto de reclamación aquellas pérdidas que han sido generadas por el incumplimiento, de modo que como se afirma en los *Principios*<sup>64</sup>25, “la parte perjudicada no puede percibir una indemnización por daños y perjuicios respecto de pérdidas que no se deban a un incumplimiento de la prestación”, ya sean directos, ya sean imprevisibles, pero que afecten al daño, de modo que no se hubieran producido si no hubiese habido incumplimiento. Por tanto, la primera conclusión que deriva de aquí es que se pueden reclamar aquellas pérdidas a las que los Códigos civiles identifican como *daño emergente*. Además, los textos europeos incluyen dentro de este daño emergente las denominadas “pérdidas no pecuniarias”, o daños no patrimoniales<sup>65</sup>. Un ejemplo clásico es el que se utiliza en los *Principios* en relación al paquete de vacaciones, que se incumple<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> “Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy”

<sup>63</sup> *Comentarios*, p. 639 señala que el artículo que se ha transcrito “permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento justificado de la otra parte”

<sup>64</sup> *Principios*, p. 640.

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, en el art. III.-3:701 (3) que al definir “loss” señala que incluye “economic and non-economic loss” y añade que ““Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life”.

<sup>66</sup> *Principios*, p. 641 y Díez Picazo, Roca, Morales, p. 373.

## IV. CONCLUSIONES.

1ª La Propuesta de la Comisión de Codificación para la modificación del Libro IV del Código civil en lo relativo a las obligaciones y los contratos presenta unos interesantes ofrecimientos para la reflexión. Especialmente en lo que se refiere al incumplimiento, supera los vicios que se han ido generando en la aplicación del art 1124 CC, debido, en gran parte, a su poca claridad.

2ª El concepto de incumplimiento se desliga de los efectos que va a producir. Para la propuesta, el incumplimiento es una situación de hecho, determinada con criterios objetivos y desligada de la culpa, negligencia o dolo del deudor.

3ª El acreedor podrá tener opción a utilizar una serie de remedios que le permitirán obtener de una forma u otra, directa o indirectamente, la satisfacción buscada al concluir el contrato y que no le ha proporcionado el deudor al incumplir.

4ª Solo en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento esta Propuesta resulta más tradicional y se aparta de sus fuentes de inspiración y de alguna manera, de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

5ª La Propuesta resulta tributaria en gran parte de los textos europeos redactados con la finalidad de armonizar el derecho de obligaciones. Esta es una buena opción, porque acercaría el derecho interno a una hipotética puesta en vigor de estos textos en las instituciones europeas competentes y con el fin de regular las operaciones económicas transnacionales.

## BIBLIOGRAFÍA.

22

Clemente Meoro. *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Col. Notaría hoy. Bosch. Barcelona, 2009.

Comisión General de Codificación. *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2009. [Se cita en el texto como Propuesta.]

Cortese. "Los principios europeos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia: el problema de las «citas no reconocidas»", en Herrador Guardia, coor. *Derecho de daños*. Madrid, 2011, p. 113, ss.

Díez Picazo, Director y Coordinador. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*. Madrid. Civitas, 1998.

Díez Picazo. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. II. Las relaciones obligatorias. Thomson Civitas, Madrid, 2008, 6ª edición y IV. Las particulares relaciones obligatorias Thomson Civitas, Madrid, 2010.

Díez Picazo. *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005.

Díez Picazo, Roca, Morales. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

Fernández Gregoraci. "El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". *R.J.C.*, nº 2, 2009, 480 ss.

*European Group on Tort Law. Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad civil.* Traducción a cargo de la “Red española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)”, coordinada por M. Martín Casals. Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2008.

Jordano Fraga. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento.* Civitas, Madrid, 1994.

Morales Moreno. *La modernización del derecho de obligaciones.* Thomson Civitas. Madrid, 2006.

*Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)* Edición Ole Lando y Hugh Beale. Edición española a cargo de Barres Benlloch, Embid Irujo y Martínez Sanz. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. [Se cita en el texto como *Principios.*]

Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group). *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. Full Edition.* Sellier, Munich, 2009. [Se cita en el texto como *Comentarios DCFR.*]





