

# **LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES: LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN (2009, 2023)**

Encarnación Roca Trias

Catedrática de Derecho civil UB

Magistrada de la Sala 1ª TS (2005-2012)

Magistrada del TC (2012-2021)

SUMARIO.- I. Introducción general: El medio en el que nace la nueva propuesta. II. El incumplimiento de las obligaciones: los problemas generales. III. Las propuestas en los dos textos de la Comisión de Codificación relativas al incumplimiento. - 1. El concepto de incumplimiento. - 2 Los causantes del incumplimiento.- 2.1 El deudor. – 1.2 Los auxiliares del deudor. – 1.3 El acreedor. – 3. Las causas de exoneración de la responsabilidad del deudor. – 4. Las acciones del acreedor (los remedios). – 4.1 La prestación en forma específica. – 4.2 La reducción del precio. – 4.3 La responsabilidad por incumplimiento. – 4.4. Las causas de resolución del contrato. – 4.5. El ejercicio de la acción de resolución. – 4.6. Los efectos de la resolución. – 5. La indemnización de los daños y perjuicios. V. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA

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

En 2009, siendo D. Luis Díez Picazo el presidente de la Sección de Derecho Civil en la Comisión general de Codificación, se aprobó un texto sobre Modernización de las obligaciones y contratos (a partir de ahora PM2009), cuya finalidad esencial era la adaptación a las modernas propuestas europeas de las reglas del Código civil que vienen funcionando desde 1889<sup>1</sup>; esta primera proposición ha sido rehecha por la Comisión, que acaba de publicar una nueva

---

<sup>1</sup> En aquel momento publiqué el artículo titulado “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 65, nº 2132, 2011, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj). El presente trabajo es una puesta al día del anterior, con una adaptación a las proposiciones realizadas en el texto actual. Para distinguir los dos textos llamaré a la primera proposición PM2009 y a la segunda PMR.

*Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* (a partir de ahora PMR)<sup>2</sup>.

Desde la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980<sup>3</sup>, lo que había sido un *desiderátum* podría convertirse en una reglamentación real. Es decir, pueden existir unas reglas comunes que hagan más fácil el comercio internacional. Las reglas contenidas en la Convención, sin ser rompedoras, obligan a reflexionar sobre la necesidad, a nivel interno, de repensar, adaptar y modernizar las viejas reglas del derecho de obligaciones.

Después de la Convención de Viena se crearon diferentes grupos, académicos básicamente, con la idea de encontrar un punto común de entendimiento que hiciera que las normas que regulan este tipo de relaciones jurídicas gocen de unas reglas comunes. Las soluciones propuestas inspirarán las que han surgido de la Comisión de Codificación, en los dos textos que voy a intentar comparar<sup>4</sup>.

Los textos europeos, 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>5</sup>.

Las fuentes de las Propuestas de la Comisión General de Codificación se encuentran en los textos que se citan a continuación:

- *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. (A partir de ahora, CISG).

- Los *Principios de Derecho europeo de los contratos*; (a partir de ahora PECL)<sup>6</sup>. Texto privado.

- Los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (a partir de ahora DCFR. 2009. Es un texto privado, que proviene de los trabajos de dos grupos de juristas europeos: el *Study Group on a European Civil Code* y

---

<sup>2</sup> *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*. Gobierno de España, Ministerio de Justicia, Madrid 2023. (PMR).

<sup>3</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..

<sup>4</sup> Comisión General de Codificación. *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

<sup>5</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 F. CORTESE, "Los principios europeos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia: el problema de las «citas no reconocidas»", en M. Herrador Guardia, coord. *Derecho de daños*. Madrid, 2011, p. 113, ss. La utilización de estos textos por la jurisprudencia española ha sido estudiada por FERNÁNDEZ GREGORACI, B. "El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". *R.J.C.*, núm. 2, 2009, págs. 480 y ss.

<sup>6</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 BARRÉS BENLLOCH; EMBID IRUJO Y MARTÍNEZ SANZ. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Se conoce también como el Marco común de referencia<sup>7</sup>.

- Debe añadirse la Propuesta de Código civil, con la autoría de diversos profesores de Derecho civil, publicado a partir de 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho civil como coordinadora (APDC)<sup>8</sup>

- Finalmente, la PMR<sup>9</sup> cita entre sus fuentes los nuevos códigos civiles europeos: El BGB alemán, reformado en 2001 por la ley de Modernización del Derecho de obligaciones<sup>10</sup> y el Código civil francés, reformado en 2016, por la Ordenanza núm. 2016-131<sup>11</sup>

Los textos que sirven de fuente a las dos propuestas de la Comisión de Codificación 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 coherencia 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 europeo. En el caso de una hipotética adopción de los textos anteriormente citados 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 alguna de las propuestas, el derecho español se acercaría muchísimo a una 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 normas internas fuesen equivalentes a las europeas.

En el marco europeo existen ya algunos elementos comunes, constituidos por las Directivas<sup>12</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 generaría la transposición. Las otras cuestiones deben aun discutirse.

---

<sup>7</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*. Société de Législation Comparée, 2008. Paris.

<sup>8</sup> Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.). *Propuesta de Código civil*. Tecnos, 2018.

<sup>9</sup> *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*.

Ministerio de Justicia, 2023, págs. 21 y 22.

<sup>10</sup> PMR, cit., págs. 18-19.

<sup>11</sup> Ver ERIC SAVAUX, "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos". *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pág. 715.

<sup>12</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.

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

La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional trata del incumplimiento de las obligaciones 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 aún 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.

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 PMR<sup>13</sup> ha dicho:

“El Capítulo VI, dedicado al incumplimiento, es uno de los más innovadores con relación al decimonónico texto actualmente vigente. Adopta, al igual que sucedía en la PM2009, un concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación, en línea con los textos modernos sobre Derecho de contratos de ámbito transnacional y comparado. Ello implica la desaparición de algunas figuras tradicionales como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento. Además, se recogen los remedios o consecuencias del incumplimiento del contrato que permiten al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que dicho incumplimiento se hubiera producido, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o su otra contraprestación no pecuniaria,

---

<sup>13</sup> “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”. PM2009, pág. 22.

suspender el cumplimiento de su obligación, resolver el contrato y exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le haya producido”<sup>14</sup>.

En lo que se refiere al incumplimiento, pues, la propia PMR reconoce la novedad que significa la propuesta, en la línea de las más modernas proposiciones de derecho comparado. Aunque sería conveniente hacer una referencia a la situación actual, por razón de espacio debo abstenerme. Solo debo advertir que en nuestro Código 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, ni tan solo existe una definición de incumplimiento, ni de las situaciones que lo producen. Este es el punto que la jurisprudencia ha debido elaborar, mal que bien, para obtener por lo menos una solución razonable a los casos.

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>15</sup>. Esta incertidumbre genera inseguridad.

### **III. LAS PROPUESTAS EN LOS DOS TEXTOS DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO.**

Las Propuestas de la Comisión de Codificación tienen una finalidad muy clara: i) aproximar el Código civil español a su entorno europeo, y ii) crear unas

---

<sup>14</sup> Sigue diciendo la exposición de motivos de la PMR: “En la disciplina de estos remedios, se han seguido las pautas marcadas por el moderno Derecho de contratos y por la PM2009, en buena medida recibidas ya por nuestra jurisprudencia. En cuanto al remedio de la indemnización de daños, la PMR utiliza, como hace la PM2009, el criterio de imputación determinado por la esfera de control. Esto implica, sin duda, cierto grado de objetivación de la responsabilidad contractual; pero debe tenerse en cuenta que, el ámbito de la esfera de control no puede ser el mismo para un empresario que contrata con otro empresario o con un consumidor o usuario, que para un particular que contrata con otro particular. Se añade, asimismo, una regla por la que estos remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas. En este punto, se ha introducido también la estimación del daño pactada anticipadamente, lo que supone una modificación importante con relación a la PM2009, que regulaba el tema de las cláusulas penales de modo separado tras las clases de obligaciones. Considerando que su función principal es la estimación ex ante del daño, y sin perjuicio de reconocer otras funciones como la presuntiva del daño o la penal, se ha entendido preferible regular esta figura en la sede del incumplimiento y sus remedios; en concreto, en el de la indemnización de daños”.

<sup>15</sup> L. Díez PICAZO. *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005, pág. 13.

bases de las obligaciones contractuales a los efectos del art. 149, 1,8 CE<sup>16</sup>. Este último propósito solo se formula en la PM 2009.

La Propuesta de 2009 contiene dos definiciones, básicas para todo lo que va a tratarse a continuación: La definición de *cumplimiento* en el art. 1153 PM2009, que proponía: “no se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en qué consistía”. Y que debe completarse con el art. 1154 PM2009 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.

## 1. El concepto de incumplimiento.

El art. 1188 PM2009 utilizaba un concepto general:

“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”.

El art. 1171 PMR es un poco más explicativo:

“1. Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”.

En contraposición a la situación del Código civil vigente, tanto el art. 1188 PM2009, como el art 1171 PMR optan por describir de una forma amplia, que no deja de producir sus problemas, lo que debe considerarse como incumplimiento en general. Debe ponerse de relieve una importante característica de esta opción: no se define el incumplimiento *per relationem* con la resolución del contrato, sino que aun existiendo una resolución por incumplimiento en el art. 1199 PM2009 y en el art. 1181 PMR, 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>17</sup>.

El origen de este artículo, tal como está redactado en ambas Propuestas, responde tanto a lo que aparece en el art. 1:301 (4) PECL y los arts. 71 y 72

---

<sup>16</sup> Y así lo decía expresamente la Exposición de motivos de la PM2009: “Hay que añadir una observación de suma importancia: los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8.ª del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia”. PM2009, pag. 24.

<sup>17</sup> Se trata del art. 8:101 PECL.

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”. Estos artículos deben 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 las Propuestas que ahora se comentan<sup>18</sup>; la ejecución o el cumplimiento defectuoso y la falta de cooperación para obtener el fin del contrato.

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, se trata de un contrato con obligaciones recíprocas. En el art. 71.1 CISG 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 añade 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 CISG el incumplimiento se basa en la concurrencia de ciertos elementos personales, mientras que en el art. 72.1 CISG se prevé 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 obligación<sup>19</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.

En la PMR se define el incumplimiento de un modo un poco distinto al de su antecedente la PM2009. Efectivamente, tal como ya se ha transcrito, el art 1171.1 PMR define el incumplimiento y lo distingue totalmente de la resolución; lo mantiene, aunque no sea imputable al deudor (fuerza mayor y caso fortuito) y cuando falta la necesaria colaboración del deudor. El incumplimiento se produce porque no se ha satisfecho el interés del acreedor. Otra cosa distinta será el paso posterior: ¿cómo debe repararse el incumplimiento, si es que hay que hacerlo?<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> L. DIEZ PICAZO; E. ROCA, y A. MORALES. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. [Civitas], Madrid, 2002, pág. 321.

<sup>19</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>20</sup> Esta es la tesis del art. 1191: Excepciones a la obligación de indemnizar, que está previendo los casos tradicionales de caso fortuito y fuerza mayor.

Aquí puede entrar toda la problemática de la resolución del contrato y de la aplicación de otros remedios, así como la indemnización de daños y perjuicios”<sup>21</sup>.

En conclusión, me parece un acierto la aceptación del sistema que distingue el incumplimiento 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.

## 2. Los causantes del incumplimiento.

Ambas Propuestas consideran que el incumplimiento puede ser producido por el deudor, sus auxiliares o el propio acreedor.

2.1. *El deudor* es la persona a quien primariamente se imputa el incumplimiento de la obligación, porque es quien asume la ejecución de la pretensión personalmente o por medio de auxiliares. El art. 1188 PM2009 se refiere al deudor en la propia definición. La PMR también imputa al deudor en el art. 1171<sup>22</sup>.

2.2 *Los auxiliares en el cumplimiento*. El art. 1189 PM2009 dice que: “si el deudor se sirviere 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”. El art. 1172.1 PMR recoge el mismo texto.

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>23</sup>. Esta regla no existe en nuestro Código, aunque los autores reconocen que concurre 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 qué 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>24</sup>.

Según se dice en los Comentarios<sup>25</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 esté o no sujeto a las instrucciones del deudor, o que sea un subcontratista independiente<sup>26</sup>. Los

---

<sup>21</sup> PMR, pag. 29.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> L. DIEZ PICAZO *Fundamentos II*, cit., pag. 729. *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. (Comentarios DCFR) Full edition*. Vol I. Selier, Munich, 2009, pág. 739.

<sup>24</sup> J. JORDANO FRAGA. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Civitas, Madrid, 1994, pág. 499.

<sup>25</sup> *Principios* cit. pag. 556.

<sup>26</sup> *Comentarios DCFR*, pags. 738-740

autores se plantean si van a aplicarse a los terceros las causas de exoneración que se aplicarían al deudor incumplidor. Una parte de la doctrina entiende que no se plantea directamente esta cuestión en los PECL, aunque parece normal que se utilicen las causas 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>27</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, las Propuestas tampoco se pronuncian sobre ello, por lo que sigue sin solucionarse el problema de si el tercero podría o no responder frente al acreedor por el incumplimiento<sup>28</sup>.

2.3 También *el acreedor* puede haber ocasionado el incumplimiento No aparecía directamente mencionado en la PM2009 como tal supuesto, aunque podía considerarse incluido en el segundo párrafo del art. 1188, que decía: “Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”. Sin embargo, el art. 1172.2 PMR propone aplicar a los actos que debe realizar el acreedor “la misma regla [...]” que establece el primer párrafo para el deudor.

La norma 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) DCFR que contiene una redacción más general. Las referencias al comportamiento del acreedor en relación con el 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 última de la Comisión general de Codificación, 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

---

<sup>27</sup> L.DIEZ PICAZO; E. ROCA Y A. MORALES, Ob. Cit. pag. 330.

<sup>28</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.

deudor.<sup>29</sup> Lo que debe remarcar es que 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>30</sup>. Esta sería, además, la regla contenida en el art. 1220 PMR, cuando establece que “los contratos deben ser negociados, celebrados y *ejecutados* de conformidad con las exigencias de la buena fe.

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. A ello hay que añadir el remedio que tiene el deudor cuando el acreedor se niegue a aceptar el pago ofrecido, de acuerdo con el art. 1154.1 PMR <sup>31</sup>.

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

El nuevo enfoque en relación con el 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.

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 [...]”. De este modo, la concurrencia de una causa de exoneración va a producir el incumplimiento, pero no conllevará la indemnización de los perjuicios.

La PM2009 establecía las causas de exoneración en el art. 1209, muy semejante al art 79 CISG. Su planteamiento era que “no será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes”. En la PMR esta norma aparece en el art. 1191, muy semejante al art. 1209 PM2009, antes citado.

Debo insistir que en ambos textos, las causas de exoneración solo excluyen la indemnización de daños y perjuicios, porque como señala el art. 1209.4 PM2009 , 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 PM2009, el derecho a la

---

<sup>29</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*, pág. 773

<sup>30</sup> *Principios* cit. pág. 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.

<sup>31</sup> “Si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago, según las disposiciones que regulan este, se negare sin razón, de manera expresa o de hecho, a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o la cancelación de la garantía si la hubiera, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida”.

indemnización “es compatible con las demás acciones que la ley reconoce en caso de incumplimiento”, lo que se repite en el art. 1187.1 PMR. 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.

Aunque con una redacción un poco diferente, el art. 1191.4 PMR contiene la misma regla en cuanto dice que “4. Lo dispuesto en este artículo no priva al acreedor del derecho a ejercitar cualquier otro remedio que le pudiera corresponder en caso de incumplimiento”, porque el art. 1191 PMR exonera de la obligación de indemnizar únicamente, sin eliminar las acciones de cualquier tipo que sean consecuencia de un incumplimiento del deudor.

Las causas de exoneración son las siguientes:

1ª Fuerza mayor o caso fortuito, cuando se dice en el art. 1191.1.1º PMR, “que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad [del deudor] y extraño a su esfera de control”. La misma norma en el art. 1209 PM2009.

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 están previendo únicamente la fuerza mayor y el caso fortuito<sup>32</sup>, que tienen los siguientes requisitos: a) impedimento ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control, es decir, fuerza mayor, y b) que no le corresponda preverlo o evitarlo o superar sus consecuencias, es decir, caso fortuito. Se trata, pues, de un incumplimiento no imputable al deudor. No es que no se haya producido el incumplimiento, sino que el deudor no será responsable del mismo y por ello no deberá abonar los daños y perjuicios<sup>33</sup>.

Sin embargo, la redacción de las Propuestas 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. En primer lugar, se impide la reclamación de los daños y perjuicios, pero los arts. 1209.4 PM2009 y 1191.4 PMR establecen, 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 los arts. 1190 PM2009 y 1173 PMR. Concretamente, el problema se plantea en torno a la necesidad de si resolver o no el contrato incumplido, porque como ya se ha dicho, la exoneración no excluye el incumplimiento. Antes de llegar a una conclusión, debe señalarse otra novedad que introducen las dos Propuestas en el art. 1209<sup>34</sup> PM2009 y 1191.2 PMR: se trata del mantenimiento de la exoneración mientras dura el impedimento, cuando se trate de un impedimento temporal. 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 le exonera es el periodo durante el cual la lluvia ha impedido la construcción, no el posterior cuando cesa. Sin embargo, si debe entregarse una determinada cantidad de piezas de ropa, pero el almacén donde se encuentran depositadas

---

<sup>32</sup> *Principios*, cit. pág. 558.

<sup>33</sup> L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA Y A. MORALES, Ob. Cit, pág. 327.

<sup>34</sup> Que se recoge de los arts. 8:108 PECL y III.-3:104 DCFR.

a la espera de la entrega se quema totalmente, existe una causa de exoneración permanente<sup>35</sup>. La Propuesta de 2009 es un poco más sencilla que las del PECL y el DCFR y dice simplemente que “la exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento”. Una redacción un poco más exacta tiene lugar en el art. 1191.2 PMR, que dice: “Siendo el impedimento temporal, la exoneración de la obligación de indemnizar los daños solo 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 las Propuestas no nos dicen que se produce la extinción de las obligaciones derivadas del contrato, no dicen 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 de indemnizar los daños y perjuicios 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 y 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 el 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>36</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. Será el art. 1171 PMR quien nos dirá que “cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”, hay incumplimiento, lo que remacha el párrafo segundo cuando dice que “existe incumplimiento, aunque este no sea imputable al deudor”.

En conclusión, el incumplimiento no se basa en razones subjetivas. Pero es evidente que no todo incumplimiento debe ser imputable al deudor y por ello se fija el sistema de remedios, que se basan de forma exclusiva en el incumplimiento.

---

<sup>35</sup> *Principios*, cit., pág. 561.

<sup>36</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*”.

#### 4. Las acciones del acreedor (los remedios).

Ante un incumplimiento del tipo que sea, el art. 1173 PMR dice que:

“En el caso de incumplimiento del contrato, podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios:

1º Exigir el cumplimiento de la obligación.

2º Reducir el precio.

3º Suspender el cumplimiento de su obligación.

4º Resolver el contrato.

5º Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido”.

Este artículo está en la misma línea que el art. 1190 PM2009<sup>37</sup> y +se completa con la acción de suspensión en las relaciones sinalagmáticas, previsto en el art. 1181.1 PMR, recogiendo la propuesta del art. 1191 PM2009 y la compatibilidad de acciones en el art. 1209.4<sup>38</sup>, recogida también en el art. 1173.2 PMR, que señala que “los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados. La indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios”.

Tal como está presentado en la PMR, los remedios en caso de incumplimiento rompen la tradicional sistemática del Código civil. De este modo, en la propuesta tenemos que jugar con diferentes conceptos:

1º Un concepto de incumplimiento puramente objetivo que se desliga de la culpa/negligencia del deudor.

2º El acreedor que no ha visto satisfecho su interés puede ejercitar diversas acciones, ahora llamadas “remedios”, incluido el cumplimiento de la obligación incumplida.

3º Estos remedios son compatibles, no están jerarquizados y van a depender de la naturaleza de la propia obligación, del tipo de incumplimiento y de otras circunstancias.

4º En cualquier caso, el incumplimiento comporta la indemnización de los daños y perjuicios producidos, excepto que concurra una causa de exoneración del deudor, que se reduce al caso fortuito y la fuerza mayor.

---

<sup>37</sup> Que decía 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”

<sup>38</sup> Se encuentra en los arts. 8:103 y 9:103 PECL y art. III.-3:102 DCFR.

#### 4.1. 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>39</sup>. La respuesta a este interrogante va a depender del concepto de contrato que cada ordenamiento asuma. Algunos sistemas 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<sup>40</sup>.

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.

1º En las obligaciones pecuniarias, el acreedor tiene derecho a recibir el dinero debido. El art. 1174 PMR dice que “el acreedor de una obligación pecuniaria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento”, en igual redacción que el art. 1192.1 PM2009<sup>41</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 art. 1173.1, 1º PMR que, como hemos visto, dice que el acreedor tiene derecho a “exigir el cumplimiento de la obligación”, de la misma forma que el segundo párrafo del art. 1192 PM2009 decía “En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida”. Aparece claramente 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”. La problemática de la exactitud de la prestación lleva a la obligación por parte del deudor, de reparar o rectificar los defectos que hayan ocurrido a la cosa objeto de la prestación. Este derecho del acreedor se recoge también en el art. 1175 PMR, con el título de “subsanción”, que establece que “el derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o cualquier otra forma de subsanción de la prestación ejecutada o su sustitución

---

<sup>39</sup> L. DÍEZ PICAZO, E. ROCA Y A. MORALES. Ob. Cit., pags. 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*, pág. 580.

<sup>40</sup> P. DEL OLMO. “Remedios por el incumplimiento: El Código civil, entre ayer y mañana”, en Morales Moreno, dir. *Estudios de Derecho de contratos*. BOE vol. II, Madrid, 2022, págs.860-866, con especial estudio de esta problemática en la PR2009, págs. 864 ss.

<sup>41</sup> *Principios*, cit., pág. 576.

por otra conforme a lo pactado, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida”. De modo que si el deudor entrega la cosa pactada con defectos o imperfecciones que no existían en el momento de pactarse la obligación, se produce un incumplimiento.

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 europeas, 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>42</sup>. En este caso queda abierto el derecho a reclamar los daños y perjuicios. En la PMR solo se admite la oposición del deudor sobre la base de que la prestación pactada cuyo cumplimiento específico se exige, “es jurídica o físicamente imposible, o que no es razonable exigirla conforme a la relación obligatoria”. (art. 1174.2 PMR).

Además, se establecen también reglas para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, que se recogen en el art. 1180.1 PMR (art.1191 PM2009), de acuerdo con los arts. 9:101 (2) PECL y art. III.- 3:401 DCFR.

Sin embargo, no todo incumplimiento puede dar lugar a la ejecución específica de la obligación, puesto que el art 1174 PMR contiene cuatro excepciones a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento. Se trata de los siguientes casos:

1º 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 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.1177.1 PMR que permite la subrogación del acreedor en todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la destrucción de la cosa, siendo la obligación recíproca cuando la obligación consista en la entrega de una cosa específica, y dicha destrucción ha provocado la imposibilidad.

2º Que el cumplimiento o en su caso la ejecución forzosa resulte excesivamente onerosas para el deudor<sup>43</sup> (art. 1174.2 PMR). Los comentarios al art. 9:102 (2) a) PECL dicen que no se puede definir cuándo un gasto puede resultar desproporcionado<sup>44</sup>,

3º La pretensión de cumplimiento no sea razonable. Esta excepción no se encuentra en los precedentes, 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.

4º 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) PECL contiene la excepción que “el cumplimiento consista en

---

<sup>42</sup> Ver el significado de estas normas en *Principios*, pág. 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.

<sup>43</sup> L. DIEZ PICAZO, E. ROCA Y A. MORALES. Ob. Cit., pág. 341.

<sup>44</sup> *Principios*, cit., pág. 583

una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal”<sup>45</sup>.

#### 4. 2 La reducción del precio.

El art. 1178 PMR (art. 1197 PM2009) desarrolla el remedio consistente en la reducción del precio. Dice que

“1. La parte que hubiera recibido una prestación no conforme con el contrato tendrá derecho a reducir el precio o 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.

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>46</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>47</sup>. Dice Morales que la Directiva tiene como justificación la síntesis de los dos sistemas europeos en relación con la compraventa<sup>48</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. 1178 (art. 1179 PM2009) el concepto de conformidad entre la cosa entregada y el precio que debe pagar o que se 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

---

<sup>45</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 PM2009 ni en el art. III.-3:302 DCFR.

<sup>46</sup> A. MORALES MORENO. *La modernización del derecho de obligaciones*. Thomson Civitas. Madrid, 2006, pág. 167.

<sup>47</sup> En *Principios*, cit., pág. 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 A. MORALES MORENO. *La modernización* cit., pág. 169.

<sup>48</sup> A. MORALES MORENO. *La modernización*. Cit., pág. 168.

con las cualidades pactadas u ofrecidas, en cuyo caso, el art. 1178.2 PMR (art.1197 PM2009) permitiría pedir la devolución del exceso pagado. En cualquier caso, no hay posibilidad de reclamar indemnizaciones por la disminución del valor de la cosa, de acuerdo con el art. 1179 PMR (art. 1198 PM2009)<sup>49</sup>. La facultad de reducción del precio se limitaba en la PM2009 a un plazo de caducidad de seis meses a partir del momento en que se hubiera recibido la prestación. Una regla parecida no aparece en el nuevo texto de reforma.

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 en relación con el art. 9:401 dice que “generaliza la solución que aporta la *actio quanti minoris*”<sup>50</sup>; la Propuesta de la Comisión de Codificación es clara en este sentido porque generaliza la reducción del precio como remedio general en uno de los casos de incumplimiento contractual, consistente en la *falta de conformidad*,

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, según el art. 1179 PMR (art. 1198 PM2009).

#### 4.3 La resolución por incumplimiento.

La PMR 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<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> El art. 1179 PMR dice a este respecto que “la parte que ejercita el derecho a la reducción del precio no puede reclamar daños por la disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizada por cualquier otro daño que hubiera podido sufrir”.

<sup>50</sup> *Principios*, cit. pag. 634.

<sup>51</sup> No he creído oportuno hacer en este trabajo un estudio de la evolución de la jurisprudencia del TS sobre la naturaleza y características de la acción de resolución. Me remito a los trabajos de L. DÍEZ PICAZO. *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005, pág. 13.; M.CLEMENTE MEORO. *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Col. Notaria hoy. Bosch. Barcelona, 2009, págs..18 y ss y B. RODRIGUEZ-ROSADO, “La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual”, en A. MORALES MORENO. *Estudios de Derecho de contratos*. BOE 2022, T. II, pág. 1014. Como resumen puede citarse a este último autor (p. 1015-1016 y nota 70, pág. 1016), que señala que la jurisprudencia actual “[...] manifiesta con rotundidad que la única exigencia para que el incumplimiento pueda considerarse como resolutorio es que «prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato», produciendo «la frustración del fin práctico perseguido por el contrato» (Sentencia 736/2015, de 30 de diciembre)”. Así, señala este autor que “se consuma

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 haya establecido otra cosa”<sup>52</sup>. No existe una definición en la Propuesta española, ya que el art. 1181 PMR (art. 1199 PM2009) dice que “cualquiera de las partes de un contrato sinalagmático podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse esencial”. Para una interpretación correcta, esta disposición debe integrarse con el art. 1171 PMR (art. 1188 PM2009) que define lo que es incumplimiento a los efectos de la apertura de la batería de remedios que se ofrecen al acreedor afectado:

“1. “Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”.

Es decir, consiste en la no realización exacta de la prestación. Cuando ello es “esencial” y se trata de un contrato sinalagmático, la parte afectada por el incumplimiento podrá pedir la resolución del contrato. De ahí que se produzcan dos efectos importantes en las dos propuestas salidas de la Comisión de Codificación: i) solo el incumplimiento que tenga la característica de esencial en un contrato sinalagmático podrá dar lugar a la resolución, *termination*, de dicho contrato, y ii) resulta absolutamente necesaria en este contexto la determinación del significado de la esencialidad.

Díez Picazo<sup>53</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 dicen que, en los últimos tiempos, la jurisprudencia requiere que el incumplimiento sea esencial, entendiéndolo 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>54</sup>. La característica consistente en la “esencialidad” del incumplimiento aparece recogida en el art. 1181 PMR (art. 1200 PM2009)<sup>55</sup> que va a referirse a un concepto de esencialidad relativo, es decir, atendida la finalidad del contrato.

---

el concepto de incumplimiento resolutorio desde la perspectiva subjetiva que lo vio nacer a la concepción objetiva que parece consolidada en la actual jurisprudencia”.

<sup>52</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>53</sup> L. DÍEZ PICAZO. *Los incumplimientos resolutorios*, cit. pág. 43. En el mismo sentido, M. CLEMENTE MEORO. *La resolución cit.*, págs. 30-34.

<sup>54</sup> L. DÍEZ PICAZO. *Los incumplimientos resolutorios*, cit., pág. 61. En pág. 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”.

<sup>55</sup> Ver la evolución que ha experimentado la jurisprudencia sobre la cuestión de la esencialidad del incumplimiento en RODRIGUEZ ROSADO. “La facultad resolutoria”, cit. págs. 1016-1120.

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. 1181 PMR (art. 1200 PM2009), por lo que los remedios no constituyen un sistema de opción para el perjudicado, lo que demuestra que tanto en las Propuestas de reforma del Código civil, como en los textos europeos que les sirven de referente, está vigente el principio de conservación del contrato. En una primera lectura, 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, las Propuestas españolas, así como los PECL y el DCFR lo prevén con unos límites y para unas determinadas circunstancias.

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.

#### 4.4 *Las causas de resolución del contrato.*

El acreedor puede ejercer la acción para pedir la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial y el contrato contiene obligaciones sinalagmáticas. El art. 1181 PMR, al igual que su homónimo art 1200 PM2009 contiene una lista de conductas que pueden producir el incumplimiento esencial. Son: i) el retraso; ii) la falta de conformidad en el cumplimiento, aunque no sea esencial; iii) el riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y que este no cumpla ni preste una garantía adecuada de cumplimiento en un plazo razonable fijado por el acreedor.

Es decir que se contemplan diversos supuestos: (i) por una parte, un incumplimiento esencial, expresión abierta que deberá integrarse con el art. 1171 PMR (art.1188 PM2009) y, además, con el examen del caso concreto; (ii) por otra parte, hay una serie de conductas que se asimilan al incumplimiento esencial y que son las recogidas en el art. 1181 PMR (art. 1200 PM2009). Todo ello conforma el cuadro de las causas del incumplimiento<sup>56</sup>.

*i) Incumplimiento esencial.* Debemos preguntarnos pues, 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

---

<sup>56</sup> Esto aparece también en el art. 9:301 PECL, que incluye: i) el incumplimiento *esencial*, y ii) el retraso en el cumplimiento.

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>57</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>58</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>59</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.

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 las Propuestas se desvían de sus precedentes y contienen un elenco de causas con límites más abiertos y dados a la interpretación en cada caso concreto. Será 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 según lo dispuesto en 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 por parte del perjudicado para que exista un incumplimiento de la otra parte<sup>60</sup>. Sin embargo, no excluyen que el retraso en el cumplimiento de la obligación pueda ser

---

<sup>57</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>58</sup> *Principios*, cit., págs. 534-535.

<sup>59</sup> Comentarios DCFR, págs. 852 y ss.

<sup>60</sup> *Principios* cit., pág. 548

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 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 con 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>61</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. 1181.2 PMR (art.1200.1 PM2009) no elimina la mora, sino que la moderniza. Dice este párrafo que “en caso de retraso [...] en el cumplimiento, aunque no sea esencial, el acreedor también podrá resolver el contrato si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado, no cumpliera [...]”, aunque no será necesaria la fijación de un plazo razonable “si el deudor ha declarado que no cumplirá el contrato”.

Hay que partir de que el art. 1182 PMR (art. 1199.2 PM2009) requiere que se notifique a la otra parte el ejercicio de la facultad de resolución de la obligación. Pero, además, el art. 1183 PMR (art.1201 PM2009) permitiría al deudor un incumplimiento tardío, que enervaría la facultad de resolver. Esta disposición establecería que “En caso de oferta tardía de cumplimiento o de cumplimiento no conforme, el acreedor perderá la facultad de resolver el contrato si no la ejercita en un plazo razonable desde que tuvo o debió a ver tenido conocimiento de la oferta tardía o de la falta de conformidad”.

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. 1183 PMR (art.1201 PM2009) 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. 1181.2 y 3 PMR (art.1201 PM2009) parte de la idea de que el acreedor ofrece un nuevo plazo al deudor. Los textos europeos parten de la misma situación, 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. Con la nueva redacción de la PMR se soluciona un problema contenido

---

<sup>61</sup> L.DIEZ PICAZO, E. ROCA Y A. MORALES. Ob.cit., págs. 355 y 357.

en el art.1201 PM2009 que parecía permitir al deudor ofrecer al acreedor un nuevo plazo para el cumplimiento. No niego que ello pueda ser posible, pero no parece lo más lógico<sup>62</sup>.

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. 1181.3 PMR dice:

“3. También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y este no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento, en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado”. (art. 1200.2 PM2009).

Esta norma 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 o bien cumpliendo el deudor, o bien prestando el deudor la garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable fijado por el acreedor.

#### 4.5 *El ejercicio de la acción de resolución.*

Uno de los problemas esenciales que se presenta en el derecho comparado con 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 italiano (art. 1453), aunque admite también una resolución automática si el acreedor ha fijado un plazo para cumplir. El Código civil francés prevé, después de la reforma los dos tipos de resolución: por iniciativa del acreedor (art. 1226) y judicial (art. 1227). 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 la sentencia 1432/1989, de 28 de febrero donde el TS 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>63</sup>. En los textos 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

---

<sup>62</sup> Ver. E. ROCA TRIAS pag.. 18.

<sup>63</sup> L. DÍEZ PICAZO. *Fundamentos*. II, cit, págs. 840-841. Asimismo, *Principios*, pág. 611.

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. 1182 PMR (art. 1199 PM2009) 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 las Propuestas son partidarias de cualquier tipo de notificación, a salvo los problemas de prueba que pueden plantearse en comunicaciones orales<sup>64</sup>.

#### 4.6 Los efectos de la resolución.

La resolución produce dos efectos: el liberatorio y el propiamente restitutorio. Los arts. 1184 y 1185 PMR (arts.1202 y 1203 PM2009) determinan claramente estos dos efectos: el primero se ocupa del efecto liberatorio y el segundo, del restitutorio.

i) *Efecto liberatorio*. El art. 1184.1 PMR (art.1202.1 PM2009) 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>65</sup>. Se trata, en consecuencia, de un efecto liberatorio principalmente, que legitimará para no atender las reclamaciones de la otra parte a partir de aquel momento. 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>66</sup>. Por tanto, la resolución tiene efectos de futuro, pero no retroactivos.

El art. 1184.1 PMR (art.1202.1PM2009) mantiene las estipulaciones contractuales relativas a la resolución de los conflictos que se pueden generar entre las partes por causa de la resolución, por ejemplo, los arbitrajes y, además,

---

<sup>64</sup> La definición de *notice*, en el sentido de comunicación, aparece en el largo artículo I.-1:108 DCFR

<sup>65</sup> *Principios*, pág. 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. En 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>66</sup> L. DIEZ PICAZO. *Fundamentos II*, cit. pág. 873.

aquellas cláusulas que prevean las consecuencias que va a producir la resolución para las partes <sup>67</sup>.

ii) *El efecto restitutorio*. El siguiente efecto previsto en el art. 1185.1 y 2 PMR (art.1203 PM2009) es el restitutorio, en cuya virtud, “1. resuelto el contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos con ellas [...]”. 2. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente”.

Los PECL optan claramente porque la resolución del contrato no produzca efectos retroactivos; 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 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>68</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 no le proporciona ninguna ventaja como consecuencia del incumplimiento<sup>69</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>70</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 los otros 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

---

<sup>67</sup> X. BASOZÁBAL ARRÚE. “Resolución y restitución” *Estudios de Derecho de contratos*. MORALES-MORENO(dir), Vol I, pág. 67.

<sup>68</sup> Comentarios DCFR, pág. 893.

<sup>69</sup> *Principios*, pág. 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>70</sup> *Principios*, pag. 622.

no recibió pago ni otra contraprestación, puede recuperar un importe razonable por el valor que la contraprestación tuvo para la otra parte”<sup>71</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, 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. Algunas de estas propuestas aparecen recogidas en el art. 1185 PMR.

Las razones de estas reglas son muy claras: impedir el enriquecimiento de alguna 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.

## **5. La indemnización de los daños y perjuicios.**

Una brevísima referencia a la indemnización por los daños causados por el incumplimiento. La cuestión es muy compleja y ella misma necesita de un trabajo independiente.

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 art. 1173.2 PMR (art. 1190 PM2009), donde se dice que, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer alguno de los remedios que antes se han examinado y “la indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios”. 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>72</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 PM2009 cuando la parte

---

<sup>71</sup> *Principios*, pag. 626

<sup>72</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”

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>73</sup>.

La regla de la obligación de resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento de la obligación nacida del contrato se encuentra en el art. 1187 PMR, donde se reconoce el derecho del acreedor “a la indemnización por los daños que le cause el incumplimiento del deudor”. La indemnización por los daños es compatible con otros tipos de remedios previstos para el incumplimiento, como establece el art. 1173.2 PMR.

El acreedor debe probar la existencia de daños y perjuicios, que según el art. 1188.2 PMR (art. 1207 PM2009), “comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener”, es decir, el daño emergente y el lucro cesante. En este punto, las Propuestas se diferencian 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>74</sup><sub>25</sub>, “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>75</sup>. En este punto el art. 1188.3 PMR admite la indemnización de los daños no patrimoniales “cuando lo exija la ley o lo justifique la naturaleza del contrato”. Un ejemplo clásico es el que se utiliza en los *Principios* en relación con el paquete de vacaciones, que se incumple<sup>76</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

1ª Las Propuestas de la Comisión de Codificación para la modificación del Libro IV del Código civil en lo relativo a las obligaciones y los contratos presentan interesantes planteamientos que obligan a la reflexión. Especialmente en lo que se refiere al incumplimiento, superan los vicios que se han ido generando en la aplicación del art 1124 CC, debido, en gran parte, a su poca claridad.

---

<sup>73</sup> *Comentarios*, pág. 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>74</sup> *Principios*, pág. 640.

<sup>75</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” incluye 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>76</sup> *Principios*, pág. 641 y L. Díez Pícazo, E. Roca, A. Morales, pág. 373.

2ª El concepto de incumplimiento se desliga de los efectos que va a producir. Para las propuestas, 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, estas Propuestas resultan más tradicionales y se apartan de sus fuentes de inspiración y de alguna manera, de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

5ª Las Propuestas resultan tributarias 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.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Propuesta de Código civil*. Tecnos, Madrid, 2018.

BASOZÁBAL ARRÚE, X. “Resolución y restitución”. En Morales Moreno, (dir.), *Estudios de Derecho de contratos*. BOE, Madrid, 2022, T. I. pag. 57.

CLEMENTE MEORO, M. *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 PM2009.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. *Propuesta de modificación del Código civil en materia de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2023. Se cita como PMR.

CORTESE, F. “Los principios europeos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia: el problema de las «citas no reconocidas»”, en Herrador Guardia, (coord.), *Derecho de daños*. Madrid, 2011, pags. 113, ss.

DEL OLMO, P. “Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana...”. En Morales Moreno, (dir.). *Estudios de Derecho de contratos*. BOE, Madrid, 2022, T. II, pag. 853.

DIEZ PICAZO, L. *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, L. *Los incumplimientos resolutorios*. Cuadernos Civitas. Thomson. Madrid, 2005.

DIEZ PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A-M.. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B. "El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". *R.J.C.*, núm. 2, 2009, págs. 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)", Martín Casals. (coord.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

JORDANO FRAGA, J. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Civitas, Madrid, 1994.

MORALES MORENO, A-M. *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 Benloch, Embid Irujo y Martínez Sanz. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Se cita en el texto como *Principios*.

ROCA TRIAS, E. "El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", Boletín del Ministerio de Justicia, año 65, núm. 2132, 2011, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj).

RODRÍGUEZ ROSADO, B. "La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual". En Morales Moreno (dir.). *Estudios de Derecho de contratos*. BOE, Madrid, 2022, T. II, pág. 989.

SAVAUX, E. "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos". *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc III, pág. 715.

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.