

Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia

ESTHER GÓMEZ CALLE*
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El régimen del incumplimiento contractual en el vigente Código civil español precisa una profunda reforma. La PMCC acomete esta tarea con el propósito de adecuar dicho régimen a las necesidades del tráfico actual teniendo muy en cuenta las tendencias plasmadas en este sector jurídico en diversos textos internacionales que, con un alcance muy diverso, han sido publicados en los últimos años (la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL y las Directivas europeas, fundamentalmente).

De acuerdo con este modelo, la PMCC acomete la modernización de la regulación del incumplimiento contractual sobre dos bases fundamentales: de un lado, el establecimiento de un concepto unitario, amplio y neutro de incumplimiento; de otro, la sistematización articulada de los diversos remedios con que cuenta el acreedor para hacer frente al incumplimiento del deudor: a saber, la suspensión cautelar de la ejecución de la propia prestación, la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución y la indemnización de daños y perjuicios. Partiendo todos ellos de un presupuesto común (el incumplimiento entendido en sentido amplio), cada remedio

* Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se inscribe en la Acción Complementaria DER2011-14527-E, y trae causa de la conferencia pronunciada en el IV Congreso de Derecho Civil catalán, «Desarrollo y revisión del Derecho Civil de Cataluña», en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, el día 30 de noviembre de 2011.

cuenta con su propio supuesto de hecho, de modo que algunos solo pueden hacerse valer cuando el incumplimiento reúne ciertos caracteres específicos (como la esencialidad o la inexcusabilidad).

Casi al mismo tiempo que la PMCC, se publicó la versión definitiva del DCFR, último texto internacional en el que se regulan también de forma general los remedios frente al incumplimiento contractual. Este trabajo se sirve del análisis del DCFR como contrapunto del estudio de la PMCC. Puesto que el DCFR es fiel al nuevo modelo de responsabilidad contractual plasmado en textos anteriores como los ya mencionados CSIG, Principios UNIDROIT o PECL, son muchas las coincidencias que existen entre él y la PMCC. Sin embargo, la comparación también arroja algunas diferencias cuya consideración enriquece el análisis que se aborda en este estudio.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento del contrato. Responsabilidad contractual. Responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Incumplimiento causado por el acreedor. Remedios frente al incumplimiento. Suspensión de la prestación. Pretensión de cumplimiento. Reducción del precio. Resolución. Indemnización de daños y perjuicios.

SUMARIO: I. *El estado de la cuestión en nuestro país: la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos.*—II. *El incumplimiento como presupuesto común a todos los remedios.* 1. El concepto de incumplimiento que se baraja: unitario, amplio y neutro. 1.1 La PMCC. 1.2 El DCFR. 2. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares para el cumplimiento. 3. El incumplimiento causado por el acreedor.—III. *Los concretos remedios para el incumplimiento.* 1. Consideraciones generales. 1.1 La PMCC. 1.2 El DCFR. 2. La suspensión del cumplimiento por parte del acreedor. 2.1 La PMCC. 2.2 El DCFR. 3. La pretensión de cumplimiento. 3.1 Previo. 3.2 Obligaciones dinerarias. 3.3 Obligaciones no dinerarias. Régimen general. 3.3.1 Causas que excluyen la pretensión de cumplimiento. 3.3.2 La relación de la pretensión de cumplimiento con el remedio indemnizatorio. 3.3.3 Reparación y sustitución como posible contenido de la pretensión de cumplimiento. 3.3.4 El *ius variandi* del acreedor. 3.4 Algunas obligaciones no dinerarias en particular. 4. La reducción del precio. 5. La resolución del contrato. 5.1 Ámbito de aplicación. 5.2 Incumplimientos resolutorios. 5.2.1 El incumplimiento esencial. 5.2.2 El retraso o la falta de conformidad en el cumplimiento. 5.2.3 El incumplimiento esencial anticipado. 5.3 El ejercicio de la facultad resolutoria. 5.4 La pérdida de la facultad resolutoria. 5.5 Efectos de la resolución. 5.5.1 El efecto liberatorio. 5.5.2 El efecto restitutorio. 5.6. La indemnización de daños en caso de resolución. Remisión. 6. La indemnización de daños y perjuicios. 6.1 Pretensión indemnizatoria y demás remedios. 6.2 Presupuestos de la pretensión indemnizatoria y exoneración del deber de indemnizar. 6.2.1 Enumeración de los presupuestos. 6.2.2 Los criterios de imputación subjetiva. 6.2.3 La responsabilidad del deudor de cosa determinada procedente de delito o falta. 6.3 Los daños resarcibles. 6.4 La extensión del daño indemnizable. 6.5 El deber del acreedor de mitigar el

daño. 6.6 Los pactos sobre el deber de indemnizar. 6.7 La indemnización de daños en caso de resolución.—IV. Valoración final.—Bibliografía.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO PAÍS: LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. En nuestro país hace ya bastante tiempo que viene llamándose la atención acerca de la necesidad de revisar y modernizar la regulación que contiene el Código civil del incumplimiento contractual y de los remedios frente al mismo¹. Un destacado sector de nuestra doctrina (del que son reputados representantes Díez-Picazo, Morales Moreno o Pantaleón) ha venido destacándolo así desde hace un par de décadas, tratando al mismo tiempo de sentar las bases sobre las que debería apoyarse la reconstrucción de esta materia. Nuestra jurisprudencia tampoco ha sido ajena a este movimiento, y ha tratado de adaptarse a las nuevas necesidades del tráfico jurídico en la medida en que los viejos textos del Código civil se lo han ido permitiendo, poniendo de manifiesto cómo en ellos se encuentran presentes en buena medida las soluciones con las que actualmente se aspira a modernizar este sector de nuestro ordenamiento².

2. La Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión General de Codificación forzosamente tenía que ser sensible a esta necesidad (la preside Díez-Picazo y entre sus miembros se encuentran Pantaleón y Morales Moreno). Por eso la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y

¹ Tal y como señala MORALES MORENO («¿Es posible...», p. 402), «[r]emedio es toda medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés. Tales medidas pueden consistir en *pretensiones* (que atribuyen al legitimado la facultad de exigir a otro sujeto un dar, hacer o no hacer algo, pudiendo utilizar, incluso, una acción para hacer efectivo su contenido; por ejemplo, la pretensión indemnizatoria), o en *derechos potestativos* (que atribuyen al legitimado la facultad de modificar, por medio de su voluntad, una situación jurídica; por ejemplo, la anulación, la resolución)».

² Así lo señala MORALES MORENO, avalando su opinión con el análisis de la evolución jurisprudencial en estas materias («Evolución...», pp. 29 y 35 y ss.).

El afán modernizador del TS es tanto más perceptible desde que existen importantes textos internacionales, de muy diverso alcance, en esta materia, tales como la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT o los Principios de Derecho europeo de contratos, que con cierta frecuencia son invocados por el Alto Tribunal, además de por las Audiencias Provinciales, como reglas que ofrecen criterios válidos para interpretar algunas normas de nuestro Derecho vigente; para justificarlo suele invocarse el art. 3.1 CC, en cuanto admite como criterio interpretativo la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. *Vid.* a este respecto PERALES VISCASILLAS, «Aplicación jurisprudencial...», pp. 453 y ss., y Díez-PICAZO, «Tribunal Supremo...», pp. 79 y ss.

contratos (en adelante, PMCC), elaborada por dicha Sección y publicada en 2009³, otorga especial atención a esta materia, que puede considerarse una de las que mayor importancia revisten en la Propuesta; así, dentro del Título I del Libro IV (cuyas rúbricas coinciden con las del actual CC), se dedica el Capítulo VII (arts. 1188 a 1212 PMCC) a la regulación del incumplimiento, que se desarrolla en cinco Secciones, la primera con unas disposiciones generales, y las siguientes referidas a cada uno de los concretos remedios que se arbitran. La regulación de la PMCC en este punto persigue las dos finalidades que presiden todo el texto⁴: en primer término, establecer reglas acordes a las necesidades actuales y que sirvan al desarrollo económico; y, en segundo lugar, aproximar el Derecho español a los ordenamientos europeos; en este sentido se mencionan específicamente diversos textos internacionales de fundamental trascendencia en las materias contempladas por la PMCC, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo CSIG), adoptada en 1980 y ratificada por España en 1990, siendo Derecho aplicable en nuestro país desde 1991; los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (Principios UNIDROIT), cuya última edición es de 2004; los Principios de Derecho europeo de contratos (en adelante, PECL), cuyas partes primera y segunda fueron publicadas en 2000, mientras que la tercera lo fue en 2003, y las Directivas comunitarias en contratos de consumo; también se alude específicamente a la reforma operada en Alemania mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2001. A los dos fines generales señalados aún cabría añadir otro, tal y como ha destacado Roca Trías⁵: se pretende establecer en los Títulos I y II del Libro IV del CC unas bases de las obligaciones contractuales a los efectos del art. 149.1.8.º CE⁶.

Movida por los indicados fines, la PMCC regula la materia que aquí interesa con notables diferencias respecto del régimen actualmente vigente. En la situación actual⁷, y dicho sea de forma muy sintética, el Código civil no dedica ninguna norma a definir direc-

³ La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos se publicó en el Suplemento del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009.

⁴ Según su Exposición de Motivos, apartado IV.

⁵ «El incumplimiento...», p. 7.

⁶ *Vid.* el apartado X de la Exposición de Motivos de la PMCC.

⁷ Sobre las debilidades del sistema de responsabilidad contractual que ofrece el Código civil, *vid.* MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 22 a 25; también ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», pp. 4 y 5.

ta y unitariamente el incumplimiento (aunque una definición pueda deducirse de los incisos finales del art. 1101 o del art. 1124.ICC o de una interpretación *a contrario* del art. 1157 CC⁸); deja fuera del ámbito del incumplimiento los supuestos de imposibilidad originaria de la prestación o de saneamiento; regula los remedios frente al incumplimiento de manera fragmentaria y dispersa⁹; compagina los remedios de orden general con los específicos de ciertos contratos, dando lugar a no pocas dudas acerca de la conciliación de unos y otros (piénsese, por poner un ejemplo significativo, en la traumática relación entre el régimen de las acciones edilicias y la resolución *ex art.* 1124 CC). Por si esto fuera poco, y en el concreto ámbito de la compraventa, a las normas del Código civil se han venido a sumar en los últimos años las regulaciones contenidas en la CSIG y en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (incorporada ya al Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)¹⁰, que consagran una regulación en línea con las últimas tendencias modernizadoras, dando lugar a la convivencia de dos modelos ciertamente diferentes, cada uno con su propio ámbito de aplicación (de un lado, la compraventa del Código civil y, de otro, la compraventa internacional de mercaderías y la celebrada con consumidores)¹¹.

3. El tratamiento del incumplimiento contractual en los códigos del siglo XIX es calificado por la PMCC de «especialmente insuficiente» y por eso en ella se somete a una importante revisión. En este sentido se señala en su Exposición de Motivos¹²: «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 remedios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido

⁸ En cualquier caso, falta en el Código civil un desarrollo coherente de una idea unitaria de incumplimiento: MORALES MORENO, «Evolución...», p. 36; *vid.* también FENOY PICÓN, «La modernización...», nota 41 de p. 69.

⁹ Las normas generales se encuentran repartidas entre los arts. 1094 y ss. —«De la naturaleza y efecto de las obligaciones»—, arts. 1182 a 1186 —«De la pérdida de la cosa debida»— y arts. 1122, 1123.II y 1124 —entre las reglas de las obligaciones condicionales— (MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 23 y 24).

¹⁰ La Ley 23/2003 transpuso a nuestro ordenamiento la Directiva 1999/44/CE; esta Directiva se ha visto recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

¹¹ A esta situación hace referencia Díez-PICAZO, «La Propuesta...», p. 3. La Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, de hecho, abordó la reforma del contrato de compraventa en un trabajo previo a la PMCC, al que aludimos más adelante (*infra*, nota 27); la PMCC solo contiene unos pocos preceptos relativos específicamente a la compraventa.

¹² Apartado VIII.

culpable, sino que solo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor, salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento». En un pasaje previo, la misma Exposición de Motivos¹³ hace notar: «En el ámbito del incumplimiento se dota al acreedor de los instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico tales como la suspensión cautelar de la realización de su propia prestación, las acciones de cumplimiento, reducción del precio, resolución y finalmente la de resarcimiento de daños y perjuicios».

Puede decirse que en la PMCC se plasman los dos elementos sobre los que, en opinión de Morales Moreno¹⁴, se vertebra el nuevo sistema de responsabilidad contractual (entendida ésta en un sentido amplio, que es el que emplearé cuando no indique lo contrario)¹⁵: esos dos elementos son un concepto unitario de incumplimiento y un sistema articulado de remedios¹⁶. Así, como líneas directrices de la PMCC cabría mencionar las siguientes:

a) Se consagra un concepto general (o unitario), amplio y neutro de incumplimiento. La imposibilidad originaria constituye un supuesto más de incumplimiento, al igual que los casos de saneamiento y la imposibilidad sobrevenida; en este sentido, la teoría de los riesgos deviene innecesaria, quedando sustituida por el régimen de responsabilidad contractual. Se prescinde del tratamiento separado de la *mora debitoris*, y pasa a contemplarse el retraso como un incumplimiento más.

b) Los remedios frente al incumplimiento se sistematizan y se regulan de forma ordenada y bastante completa; pasa a configurarse como remedio general alguno regulado hasta ahora solo en el marco de determinados contratos (así, la reducción del precio); aun

¹³ Apartado V.

¹⁴ «Evolución...», p. 17.

¹⁵ En este sentido amplio, la responsabilidad contractual alude al conjunto de remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento del contrato, y no se circunscribe únicamente al remedio indemnizatorio y a la pretensión de cumplimiento; MORALES MORENO («Evolución...», p. 21) preconiza esta forma amplia de entender la noción de responsabilidad contractual, como la más acorde al nuevo enfoque del incumplimiento.

¹⁶ Comparten este mismo planteamiento otros autores, como FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 69, y los allí citados (en la nota 40).

partiendo del presupuesto común del incumplimiento, cada uno de los remedios cuenta con su propio y específico supuesto de hecho; las causas de exoneración difieren: las aplicables a uno no tienen por qué excluir otro remedio distinto.

c) En cuanto a la relación entre los diversos remedios, no se establece un orden de prioridad entre ellos: el acreedor puede optar por aquel que prefiera siempre que se den sus presupuestos; se parte de la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás.

4. Es evidente –la misma PMCC lo reconoce en su Exposición de Motivos– que en la redacción de sus reglas sobre el incumplimiento han influido muy significativamente los textos internacionales a que ya antes he hecho referencia¹⁷; también se han tenido en cuenta las aportaciones de nuestra jurisprudencia y de la doctrina que últimamente ha trabajado por la modernización de nuestro Derecho de obligaciones y contratos (muchos de cuyos representantes son, como ya se ha dicho, miembros de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación). Por razones puramente cronológicas, la PMCC, difundida a comienzos de 2009¹⁸, no ha podido tomar en consideración otros textos que aún no se habían concluido cuando aquella se estaba redactando o que han visto la luz con posterioridad; con todo, sus autores debían ser muy conscientes de los pasos que se seguían dando para la armonización en Europa de este sector del ordenamiento jurídico¹⁹. En este contexto resulta de mención obligada el borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), cuya versión definitiva se publicó en 2009²⁰. Aún más recientemente, el 11 de octubre de 2011, la Comisión europea ha dado a conocer una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law*, CESL)²¹, que se concibe como un instrumento opcional al que las partes del contrato pueden decidir someterse;

¹⁷ FENYO PICÓN hace un detallado seguimiento de ello en «La modernización...», pp. 67 y ss.

¹⁸ El Anexo de la Propuesta informa de que las reuniones conducentes a la misma se celebraron desde noviembre de 1994 hasta mayo de 2008.

¹⁹ Por eso la Exposición de Motivos, al referirse a la necesidad de acercar nuestro Derecho a los ordenamientos europeos para facilitar las operaciones transfronterizas, añade: «Y todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse» (apartado IV al final).

²⁰ Esta versión con sus comentarios y notas puede consultarse en *Principles, Definitions y Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian von Bar and Eric Clive, 6 vols., Sellier, München 2009. Un año antes, en 2008, se había difundido una versión provisional (*Interim Outline Edition*).

²¹ Se puede acceder al texto de la CESL en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm.

la CESL contempla únicamente los remedios frente al incumplimiento de los contratos que regula, que son el contrato de compraventa, el de suministro de contenido digital y los contratos de servicios conectados a los anteriores (mediante los cuales el vendedor ofrece al comprador, *v. gr.*, la instalación, reparación o mantenimiento del objeto vendido). Por esta razón, el enfoque que adopta el DCFR es más amplio, pues en él se regulan los remedios frente al incumplimiento de las obligaciones en general. En la exposición que sigue tendré en cuenta únicamente el DCFR cuando analice el contenido de la PMCC, por darse en él la doble circunstancia de tratarse de un texto posterior a la Propuesta y que recoge una regulación de alcance general. Atenderé fundamentalmente, dentro del Libro III del DCFR («*Obligations and corresponding rights*»), a su Capítulo 3, dedicado a los remedios para el incumplimiento.

El DCFR también parte de un concepto unitario y neutro de incumplimiento [art. III.-1:102 (3)], para articular después ordenadamente (en el Capítulo 3 del Libro III) un sistema de remedios cuya aplicación presupone en ocasiones algún requisito adicional al básico del incumplimiento. En esta medida, su modelo coincide con el de la PMCC.

5. Antes de seguir adelante, conviene advertir que en estas páginas empleo normalmente los términos de acreedor y de deudor para referirme a la parte del contrato que, respectivamente, tiene derecho a o está obligada al cumplimiento. Se trata de la terminología que utilizan tanto la PMCC como el DCFR en términos generales.

II. EL INCUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO COMÚN A TODOS LOS REMEDIOS

1. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO QUE SE BARAJA: UNITARIO, AMPLIO Y NEUTRO

1.1 La PMCC

El concepto de incumplimiento que maneja la PMCC se desprende de sus arts. 1153 y 1188.I; según el primero, «[n]o se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía»; conforme al segundo, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

De lo dicho resulta que hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato²²; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación (art. 1303 PCMM)²³ o una imposibilidad sobrevenida²⁴; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro²⁵ u objetivo de incumplimiento).

Se trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto²⁶.

²² Sobre el concepto de incumplimiento en el nuevo modelo de responsabilidad contractual y sus implicaciones, *vid.* MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 29, 30 y 32 a 35. *Vid.* también, centrandó el análisis en la PMCC, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 69 y ss., y, siguiendo a ambos autores, GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», pp. 351 a 364.

Insisten Feno y Picón (*op. cit.*, p. 70) y García Pérez (*op. cit.*, p. 362) en que la noción de incumplimiento de la PMCC se caracteriza por que el mismo implica la *insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato* (lo que constituye una de las notas que Morales Moreno destaca del moderno concepto de incumplimiento –*Incumplimiento*, p. 30–): hay incumplimiento, no solo cuando el deudor no ejecuta deberes de conducta previstos en el contrato (deberes de prestación), sino también cuando no logra hechos o circunstancias presupuestos en el contrato y garantizados por un contratante al otro. En este sentido, García Pérez (*op. cit.*, pp. 362 y 363) observa que, aunque el concepto general de incumplimiento que maneja la PMCC pone el acento más en la falta de ejecución por el deudor de los deberes de conducta derivados del contrato que en la insatisfacción del acreedor, la nota de que estamos tratando resulta del «énfasis que se hace en la Propuesta en el propio concepto de obligación y en la regulación de los remedios o acciones de que dispone el acreedor»; así, en cuanto a lo primero, el art. 1088 PMCC dispone: «En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor»; en cuanto a lo segundo, la autora citada destaca que el sistema de remedios va dirigido a satisfacer ese mismo interés, de lo que ofrece buena muestra la resolución por incumplimiento anticipado, consagrada en el art. 1200.2 PMCC.

²³ La imposibilidad originaria no se concibe en la PMCC como causa de nulidad del contrato por falta de objeto; así resulta con toda claridad del primer inciso del art. 1303 PMCC, que dispone: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo»; cuestión distinta es que la validez del contrato puede verse afectada porque medie otra causa, distinta de la imposibilidad inicial, que autorice su impugnación, como puede ser un vicio del consentimiento (FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 109 y ss.).

En coherencia con el art. 1303 PMCC, el art. 1460.I PMCC establece para la compraventa, que «[l]a imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

²⁴ Sobre la cuestión de los riesgos vuelvo en seguida en el texto.

²⁵ Así, entre otros, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 70 y 71.

²⁶ En palabras de MORALES MORENO (*Incumplimiento*, p. 30): «En el nuevo sistema de responsabilidad contractual, el incumplimiento es el supuesto básico de todos los remedios: de la pretensión de cumplimiento, de la suspensión del cumplimiento, de la resolución, de la reducción de la contraprestación, y de la indemnización de daños. Por eso hemos de configurarlo con los elementos mínimos necesarios para que pueda cumplir esa

Este amplio concepto permite tratar también como incumplimiento, y, por tanto, someter al mismo sistema general de responsabilidad contractual, los supuestos de saneamiento por vicios ocultos, evicción y cargas o gravámenes ocultos²⁷.

Asimismo, se trata de un concepto que hace inútil la doctrina del riesgo –que, como apunta Fenoy Picón²⁸, trata de la imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor–, en la medida en que dicha doctrina queda absorbida en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual²⁹. De este modo, en la compraventa, siendo obligación del vendedor entregar la cosa vendida y que esta sea conforme con el contrato (art. 1445 PCC), no hacerlo así, aunque sea por una imposibilidad de las características mencionadas, comporta incumplimiento de su parte y, por tanto, el comprador podrá hacer uso de los correspondientes remedios; por eso la PMCC modifica por completo el vigente art. 1452 CC (cuyo párrafo primero consagra la regla *periculum est emptoris*, según la interpretación dominante en nuestra doctrina), y, al igual que ya hiciera el art. 1452 PCC, lo redacta del siguiente modo:

«El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la reti-

función. Cada remedio puede tener, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico del incumplimiento. Así sucede en la indemnización de daños o en la resolución».

²⁷ La PMCC afecta a pocas reglas del contrato de compraventa; a este se refiere otra iniciativa de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (en adelante, PCC), publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 1 de mayo de 2005, núm. 1988, pp. 2076 a 2092. El art. 1445 PCC regula las obligaciones básicas de las partes en los siguientes términos: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas». Consiguientemente, si la cosa entregada por el vendedor es no conforme (antes, vicios ocultos) o no está libre de derechos de un tercero no contemplados en el contrato (antes, evicción y cargas o gravámenes ocultos), hay un incumplimiento que legitima a la otra parte para hacer valer los correspondientes remedios; esta idea se plasma, para el caso de falta de conformidad, en el art. 1482 PCC, que autoriza al comprador a exigir el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, además de, en su caso, exigir la indemnización de daños y perjuicios (que son los principales remedios frente al incumplimiento que contempla la PMCC); queda también claro que la falta de facultad de disposición del bien por parte del vendedor (v. gr., venta de cosa ajena) no provoca la nulidad del contrato (art. 1303 PMCC). Existen, con todo, algunas diferencias importantes entre la PCC y la PMCC en la materia que aquí interesa (*vid.* al respecto *infra*, número 5 del epígrafe 4.).

²⁸ «La modernización...», p. 76.

²⁹ MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 33 y 34, FENYO PICÓN, «La modernización...», pp. 76 a 80, y GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», pp. 358 y 359.

re del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros³⁰.»

También en relación con el contrato de arrendamiento, el art. 1568 CC es modificado por la PMCC, que prescinde del deslinde entre pérdida de la cosa (con aplicación de los arts. 1182 y 1183 CC) e incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC), para limitarse a remitir a los arts. 1188 y ss. PMCC cuando cualquiera de los contratantes no cumpla lo estipulado³¹.

1.2 El DCFR

Como ya anticipé, el DCFR parte de un concepto de incumplimiento similar al de la PMCC. Su definición se encuentra en el art. III.-1:102 (3) DCFR: «*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*». A diferencia del art. 1188.I PMCC, el DCFR explicita que el incumplimiento no queda descartado porque sea excusable (concepto neutro) y menciona expresamente el retraso como un supuesto concreto de incumplimiento; probablemente se habría podido prescindir de esa mención, pues, como resulta del propio artículo, no se trata sino de un caso más («otro») de cumplimiento no acorde con los términos de la obligación.

³⁰ La Exposición de Motivos de la PCC –cuyo art. 1452 coincide, como he dicho, con el de la PMCC– explica en su apartado número 3 que el nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual adoptado en la reforma «afecta al tratamiento [d]el problema del riesgo en el contrato de compraventa. Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. *Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo ha de ser tratado hoy como un problema de incumplimiento*» (la cursiva es mía).

³¹ En este sentido, el art. 1568 PMCC dispone: «Si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará lo dispuesto en los artículos contenidos en el Capítulo VII del Título I de este Libro».

Al igual que la PMCC (art. 1303), el DCFR tampoco configura la imposibilidad originaria ni la falta de facultad de disposición sobre el bien objeto del contrato como causa de invalidez del mismo; así resulta del art. II.-7:102: «*A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates*».

Finalmente, y en relación con el contrato de compraventa, también el DCFR consagra la obligación del vendedor de entregar el bien vendido y asegurar que este es conforme con el contrato (entre otras obligaciones: *vid.* art. IV.A.-2:101 DCFR)³²; consecuentemente, la regulación del traspaso del riesgo coincide en lo esencial con la de la PMCC: en términos generales, el riesgo pasa al comprador cuando este recibe el bien o cuando, teniéndolo a su disposición, debiera haberlo recibido (arts. IV.A.-5:102, IV.A.-5:103 y IV.A.-5:201 DCFR)³³.

³² Art. IV.A.-2:101 DCFR: «*Overview of obligations of the seller*

The seller must:

- (a) *transfer the ownership of the goods;*
- (b) *deliver the goods;*
- (c) *transfer such documents representing or relating to the goods as may be required by the contract; and*
- (d) *ensure that the goods conform to the contract».*

³³ Art. IV.A.-5:102 DCFR: «*Time when risk passes*

(1) *The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.*

(2) *However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.*

(3) *The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter».*

Art. IV.A.-5:103 DCFR: «*Passing of risk in a consumer contract for sale*

(1) *In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.*

(2) *Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III.-3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV. A.-5:201 (Goods placed at buyer's disposal) applies.*

(3) *Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.*

(4) *The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects».*

Art. IV.A.-5:201 DCFR: «*Goods placed at buyer's disposal*

(1) *If the goods are placed at the buyer's disposal and the buyer is aware of this, the risk passes to the buyer from the time when the goods should have been taken over, unless the buyer was entitled to withhold taking of delivery under III.-3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation).*

(2) *If the goods are placed at the buyer's disposal at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer's disposal at that place».*

2. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES PARA EL CUMPLIMIENTO

1. A los efectos de apreciar incumplimiento, es irrelevante que el deudor haya realizado la prestación en que consista la obligación por sí mismo, o que se hubiera servido para ello de terceras personas, sean o no dependientes suyos o estén o no sujetos a sus instrucciones o a su dirección en la ejecución de la prestación. El deudor responde de los actos u omisiones de estos de la misma manera que de los suyos propios. Por tanto, a la hora de determinar si el acreedor puede hacer valer uno u otro remedio frente al incumplimiento, la conducta del tercero debe considerarse como propia del deudor. A este no le valdrá para liberarse de las consecuencias del incumplimiento debido al tercero demostrar que actuó con absoluta diligencia al elegirlo y, en su caso, al vigilarlo o dirigir su actuación; pero tampoco deberá responder por la conducta ajena cuando, de haber sido él quien hubiera obrado de la misma manera, no se le hubiera podido exigir responsabilidad alguna. Esto es lo que resulta del art. 1189 PMCC, que explicita una regla que ya se venía admitiendo en nuestro Derecho contractual pese a la falta de una norma general expresa al respecto; según el art. 1189 PMCC, «[s]i el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo».

2. En el DCFR, el art. III.-2:106 consagra una regla similar: «*A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance*».

3. EL INCUMPLIMIENTO CAUSADO POR EL ACREEDOR

1. El art. 1188.II PMCC dispone que «[n]adie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque». Una regla similar se encuentra en el DCFR, cuyo art. III.-3:101 (3) establece: «*The creditor may not resort to any of those remedies [for non-performance] to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance*»³⁴.

³⁴ La CSIG, los Principios UNIDROIT y los PECL se pronuncian en sentido parecido (*vid.* al respecto FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 94 a 97); en concreto, la regla del DCFR es prácticamente coincidente con la de los PECL, siendo también similares los comentarios que acompañan a ambos preceptos y a los relacionados con ellos.

Los comentarios de los autores del DCFR a este precepto³⁵ son igualmente válidos respecto del art. 1188.II PMCC, y pueden sintetizarse como sigue:

- a) La norma descansa en las exigencias de la buena fe.
- b) La *mora creditoris* es un caso típicamente encuadrado en ella, pero la situación que contempla también puede darse en otros casos, como, *v. gr.*, cuando el incumplimiento trae causa de una información defectuosa suministrada por el acreedor al deudor acerca de una cuestión sobre la que aquel estaba obligado a informar.
- c) El incumplimiento puede deberse en todo o en parte al acreedor; si su contribución fue solo parcial, deberá procederse al correspondiente ajuste de los remedios de que dispone. Aunque el art. 1188.II PMCC solo contempla directamente la primera situación, no parece haber inconveniente alguno en adaptarlo a la segunda³⁶.
- d) La regla no presupone la culpa del acreedor.

2. Al regular el remedio indemnizatorio, el DCFR consagra en el art. III.-3:704 una concreta aplicación de la regla del art. III.-3:101 (3); a saber: «*The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects*». Son dos las situaciones aquí contempladas³⁷:

a) La conducta del acreedor contribuye al incumplimiento, lo que justifica la correspondiente rebaja de la indemnización que pueda pretender; esto se deduce ya del art. III.-3:101 (3) DCFR, y también se podría justificar con el art. 1188.II PMCC.

b) El acreedor no provoca el incumplimiento en ninguna medida, pero sí contribuye a incrementar sus efectos dañosos. Los autores del DCFR ponen el siguiente ejemplo³⁸: A arrienda un ordenador que, según los términos del contrato, debe estar preparado para su uso en Inglaterra, donde el voltaje es de 240 V. El ordenador suministrado es apto para operar con diversos voltajes y, en contra de lo pactado, se suministra preparado para 110 V. Un llamativo adhesivo en la pantalla advierte al usuario que debe comprobar el ajuste del voltaje antes del uso. A ignora el aviso y enciende el ordenador sin comprobarlo, de modo que el mismo queda dañado y la reparación costará 1.500 £. El tribunal debería tener en

³⁵ *Principles*, I, pp. 773 y 774.

³⁶ Así también FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 94.

³⁷ *Principles*, I, p. 934.

³⁸ *Principles*, I, p. 935.

cuenta que al menos la mitad del daño se debió a culpa de A y concederle únicamente una indemnización de 750 £.

El DCFR³⁹ distingue esta segunda situación de la que surge cuando el acreedor incumple con su deber de mitigar los daños, regulada separadamente en el art. III.-3:705 DCFR. Ese mismo deber aparece reconocido en el art. 1211 PMCC⁴⁰; en cambio, la PMCC no contempla específicamente la segunda situación del art. III.-3:704 DCFR; sin embargo, el caso puede resolverse, supuesto que no se admita al efecto una interpretación analógica del art. 1211 PMCC, teniendo en cuenta la necesidad de que medie relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño cuyo resarcimiento exige el acreedor⁴¹.

III. LOS CONCRETOS REMEDIOS PARA EL INCUMPLIMIENTO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 La PMCC

1. En la PMCC estos remedios aparecen enunciados en el art. 1190: «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 producidos»; cada uno de los referidos remedios se regula después por separado en las secciones segunda a quinta del Capítulo VII del Libro IV PMCC. A ellos hay que añadir la suspensión del cumplimiento en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, que se prevé en el artículo siguiente al citado, el art. 1191 PMCC, dentro de las «Disposiciones generales» del mismo Capítulo; probablemente esta ubicación se deba a que la facultad de suspender el cumplimiento también puede ser considerada como un límite a la pretensión de cumplimiento⁴².

³⁹ Como ya hicieran los PECL: FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 97.

⁴⁰ Al respecto *vid. infra*, epígrafe 6.5.

⁴¹ También el incumplimiento del deber de mitigar los daños (regulado, como veíamos, en el art. 1211 PMCC) provoca la ruptura de la relación de causalidad (*vid.* en este sentido DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 783 y 784); sobre ello vuelvo *infra*, en el epígrafe 6.5, nota 163.

⁴² A esta consideración aluden DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los Principios*, p. 348. Parecidamente, GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», p. 349, destaca

2. Del art. 1190 PMCC resulta ya claramente la *compatibilidad de la indemnización con los otros remedios* (reiterada después en otros preceptos, como los arts. 1198, 1202.II y 1205.II PMCC).

3. No se establece *ningún orden de preferencia* entre los diversos remedios, de manera que el acreedor puede decidir libremente cuál quiere hacer valer (supuesto, claro está, que se den sus requisitos)⁴³.

1.2 EL DCFR

1. En el DCFR los remedios ante el incumplimiento se regulan en el Capítulo 3 del Libro III. No aparecen enumerados en ningún precepto, sino que, tras una sección de disposiciones generales, se va regulando cada uno de ellos en secciones separadas, dedicadas sucesivamente a la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme, el cumplimiento forzoso, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio y la indemnización e intereses. Existe, por tanto, una sustancial coincidencia con lo previsto en la PMCC, salvo por lo que se refiere a la subsanación por el deudor en el caso de no conformidad, que no se contempla en la PMCC; sobre este tema vuelvo en el último número de este epígrafe.

2. El art. III.-3:102 DCFR dispone que los remedios que no son incompatibles son *acumulables* y reconoce expresamente la posibilidad de reclamar una indemnización al tiempo que se hace valer cualquiera de los otros remedios⁴⁴.

3. Al igual que en la PMCC, el acreedor *puede elegir* el remedio que prefiera de entre aquellos de que disponga en el caso concreto; así se desprende de los términos del art. III.-3:101 (1) y (2) DCFR, que, al referirse a sus posibilidades de actuación, distingue dos situaciones: si el incumplimiento no es excusable, el acreedor

la distinta forma de operar de la excepción –como medio de defensa meramente pasivo– respecto de los otros remedios.

⁴³ Desde luego, no creo que del art. 1194 PMCC pueda deducirse un argumento en contra de lo dicho; dispone el citado precepto que «[e]l acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconozca»; lo único deducible del artículo es que haber pretendido el cumplimiento en primer lugar no le impide al acreedor cejar en su empeño cuando no ve satisfecho su interés en tiempo razonable, y pasar a hacer valer otro remedio; pero de él no puede derivarse que para poder ejercitar esas otras acciones deba primero intentar obtener el cumplimiento; siempre que se regula un remedio, la norma se expresa sin más en términos facultativos: «el acreedor podrá...» (arts. 1190, 1192.II, 1197, 1199 PMCC) o «tiene derecho a...» (art. 1205.I PMCC).

⁴⁴ Art. III.-3:102 DCFR: «*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*».

puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 3 del Libro III; si es excusable, a cualquiera de esos remedios, excepto el cumplimiento en forma específica y la indemnización; los términos son claros: «...*The creditor may resort to any of the those remedies...*»⁴⁵. Nótese cómo el DCFR avanza ya en este precepto la necesidad de un incumplimiento cualificado –por su inexcusabilidad– como presupuesto de ejercicio de ciertos remedios. En la PMCC esto se desprende del régimen de cada remedio en particular.

4. Finalmente, al servirse de cualquiera de ellos, el acreedor debe obrar *de forma honesta y conforme a la buena fe*, de acuerdo con lo dispuesto por el art. III.-1:103 DCFR: «*Good faith and fair dealing*

(1) *A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.*

(2) *The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.*

(3) *Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have».*

No hay una regla general similar a esta en la PMCC, aunque sí algunos artículos concretos que imponen al acreedor una actuación conforme a las exigencias de la buena fe en caso de incumplimiento por parte del deudor (*vid.*, v. gr., arts. 1191, 1192.II.3.º o 1211 PMCC); en todo caso, hay que tener presente el mandato general del art. 7.1 CC.

5. Una peculiaridad del DCFR respecto de la PMCC es que dedica toda una sección del capítulo relativo a los remedios frente al incumplimiento a regular la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme («*Cure by debtor of non-conforming performance*»); se trata de un derecho que se confiere al deudor dentro de ciertos límites de razonabilidad, en coherencia con el principio de la buena fe y con el fin de mantener la relación contractual siempre que ello resulte posible y apropiado; por otra parte, es preciso buscar un equilibrio entre el interés que puede tener el deudor en

⁴⁵ Art. III.-3:101: «(1) *If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.*

(2) *If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages».*

disfrutar de una nueva oportunidad para cumplir debidamente, y los intereses del acreedor⁴⁶. A ello responden los arts. III.-3:201 y ss. DCFR, cuyo contenido paso a sintetizar brevemente⁴⁷.

El art. III.-3:202 DCFR permite al deudor llevar a cabo una nueva prestación que sea conforme con el contrato en dos situaciones:

1) Cuando aún puede hacerlo dentro del plazo de que dispone para cumplir.

2) Cuando, no siendo posible lo anterior, ofrece subsanar el defecto de conformidad inmediatamente después de que el acreedor se lo haya notificado, comprometiéndose a hacerlo en un plazo razonable y a su costa⁴⁸. En este caso, el acreedor debe dejar al deudor

⁴⁶ *Principles*, I, p. 812.

⁴⁷ Reproduzco el texto de los que cito a continuación en el texto:

Art. III.-3:201: «*Scope*

This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation».

Art. III.-3:202: «*Cure by debtor: general rules*

(1) *The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance.*

(2) *If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor's own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the nonconformity.*

(3) *Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article».*

Art. III.-3:203: «*When creditor need not allow debtor an opportunity to cure The creditor need not, under paragraph (2) of the preceding Article, allow the debtor a period in which to attempt cure if:*

(a) *failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance;*

(b) *the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing;*

(c) *the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or*

(d) *cure would be inappropriate in the circumstances».*

Art. III.-3:204: «*Consequences of allowing debtor opportunity to cure*

(1) *During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy.*

(2) *If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy.*

(3) *Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure».*

⁴⁸ La notificación a que alude el art. III.-3:202 (2) DCFR es la que contempla el art. III.-3:107 DCFR.

Este artículo dice así: «*Failure to notify non-conformity*

(1) *If, in the case of an obligation to supply goods, other assets or services, the debtor supplies goods, other assets or services which are not in conformity with the terms*

dor un tiempo razonable para subsanar el defecto, durante el cual no puede ejercitar otro remedio distinto de la suspensión de su propia prestación [arts. III.-3:202 (2) *in fine* y III.-3:204 (1) DCFR]. Esta es la regla general. Sin embargo, hay ciertos casos en los que el acreedor no tiene por qué conceder al deudor ese plazo adicional; de acuerdo con el art. III.-3:203 DCFR, esos casos son los siguientes: (a) el incumplimiento por parte del deudor es esencial⁴⁹; (b) el acreedor tiene razones para creer que el deudor conocía la no conformidad y no obró de buena fe y honestamente; (c) el acreedor tiene razones para creer que el deudor no podrá llevar a cabo la subsanación en un tiempo razonable y sin inconvenientes significativos para el acreedor u otro perjuicio a sus legítimos intereses; o (d) la subsanación sería inapropiada dadas las circunstancias.

Si el deudor no corrige la falta de conformidad dentro del tiempo de que dispone para ello, el acreedor puede recurrir a cualquiera de los remedios frente al incumplimiento. Por lo demás, el hecho de que la subsanación se lleve a cabo no le impide al acreedor exigir la indemnización de los daños que haya podido sufrir [*vid.* art. III.-3:204 (2) y (3) DCFR].

En la PMCC no hay reglas tan generales como estas; solo a los efectos de la resolución en hipótesis que no son de incumplimiento esencial (contempladas en el art. 1200.I PMCC), se obliga al acreedor a darle al deudor un plazo razonable para que cumpla debidamente, antes del cual aquel no puede resolver el contrato; más allá de esta hipótesis, un eventual derecho del deudor a tratar de subsanar la prestación no conforme, sus presupuestos y sus límites,

regulating the obligation, the creditor may not rely on the lack of conformity unless the creditor gives notice to the debtor within a reasonable time specifying the nature of the lack of conformity.

(2) *The reasonable time runs from the time when the goods or other assets are supplied or the service is completed or from the time, if it is later, when the creditor discovered or could reasonably be expected to have discovered the non-conformity.*

(3) *The debtor is not entitled to rely on paragraph (1) if the failure relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor.*

(4) *This Article does not apply where the creditor is a consumer».*

El precepto impone al acreedor que quiera hacer valer la falta de conformidad de la prestación llevada a cabo por el deudor, la carga de notificárselo a este en un plazo razonable y especificando la naturaleza del defecto; esta regla no se aplica en dos casos: cuando el deudor conociera o razonablemente pudiera esperarse que conociera el defecto y no se lo hubiera revelado al acreedor (mala fe) y cuando el acreedor es un consumidor. También la carga de notificación impuesta al acreedor se considera consecuencia del deber general de actuación honesta y conforme a la buena fe en el ejercicio de los remedios de que dispone (*Principles*, I, pp. 805 y 814). La PMCC no le impone esta carga expresamente, de manera que su justificación debería fundarse en el principio general del art. 7.1 CC.

⁴⁹ El art. III.-5:502 DCFR determina cuándo lo es; lo estudiaré al hilo del remedio resolutorio.

deberían dilucidarse en el marco de la PMCC de acuerdo con el principio de la buena fe y el art. 7 CC.

2. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ACREEDOR

2.1 La PMCC

El art. 1191 PMCC reconoce uno de los efectos típicos de las *obligaciones sinalagmáticas*, la llamada excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), en los siguientes términos: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento».

En mi opinión, es positivo que se consagre una regla como esta, que reconoce el carácter general que a este remedio ya le viene asignando nuestra doctrina y jurisprudencia más allá de los concretos artículos del Código civil que lo contemplan (arts. 1466, 1500 o 1502 CC). Por lo demás, con la norma queda claro que la suspensión es posible tanto en los casos de *ejecución simultánea* como en aquellos en que quien la hace valer es el obligado a cumplir *en último lugar* (en este sentido, es clara su conexión con lo dispuesto por el art. 1188.II PMCC: nadie puede invocar el incumplimiento que él mismo ha ocasionado); no se extiende, sin embargo, a quien deba cumplir *antes*, aunque exista el riesgo de que el otro no pueda cumplir cuando llegue el momento de hacerlo⁵⁰. Por otra parte, el hecho de que la suspensión pueda ser *total o parcial* permite dar cabida también a la excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*) como modalidad que es de la de incumplimiento⁵¹. Finalmente, el límite de la *buena fe* es también comúnmente aceptado entre nosotros y permite excluir la suspensión cuando el incumplimiento sea de tan escasa relevancia que aquella no resulte justificada.

⁵⁰ Y ello, a pesar de que se trata de un supuesto en el que nuestra doctrina también ha admitido la posibilidad de suspender la ejecución: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, p. 151; esta posibilidad se contempla asimismo en los arts. 1467 y 1502 CC.

⁵¹ Así también GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», p. 350.

2.2 El DCFR

El art. III.-3:401 DCFR, bajo la rúbrica «*Right to withhold performance of reciprocal obligation*», dispone lo siguiente: «(1) *A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.*

(2) *A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.*

(3) *A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.*

(4) *The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances».*

Al igual que el art. 1191 PMCC, el art. III.-3:401 DCFR se ciñe a las obligaciones sinalagmáticas y admite tanto la suspensión total como la parcial; el límite de la buena fe también opera aquí por virtud de lo dispuesto con carácter general por el ya citado art. III.-1:103 DCFR⁵².

La diferencia más notable se refiere precisamente a la omisión del art. 1191 PMCC que comentaba pocas líneas atrás: el art. III.-3:401 DCFR autoriza a suspender la ejecución no solo a quien debe cumplir al mismo tiempo o después que la otra parte (al igual que la PMCC)⁵³, sino también a quien tiene que hacerlo *en primer lugar*, si y por el tiempo que razonablemente pueda creer que el deudor no cumplirá cuando llegue el momento (incumplimiento anticipado); este derecho se pierde si el deudor asegura adecuadamente el cumplimiento [párrafo (2)]; además, el acreedor debe notificar la suspensión al deudor tan pronto como sea razonablemente posible, para que este pueda reaccionar frente a ello (*v. gr.*, demostrando que no hay motivo sensato para pensar que no cumplirá o garantizando su cumplimiento); la notificación no es un presu-

⁵² *Principles*, I, p. 844.

⁵³ En este sentido, el artículo enlaza con lo dispuesto por el art. III.-3:101 (3) DCFR (*Principles*, I, p. 843).

puesto del derecho a suspender la ejecución de la propia prestación, pero si no se lleva a cabo, el acreedor responde frente al deudor de cualquier daño que le ocasione por ello [párrafo (3)]⁵⁴. En mi opinión, sería positivo que la PMCC admitiera también esta posibilidad, con garantías similares a las impuestas por el DCFR y en línea con lo que ya disponen preceptos como los arts. 1467 y 1502 CC.

3. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

3.1 Previo

1. Como observa Díez-Picazo, consumada la insatisfacción del acreedor por el incumplimiento del deudor, la primera medida de reacción en el orden lógico es *la acción dirigida a obtener de forma específica el comportamiento omitido*; la pretensión de cumplimiento es precisamente «la acción o facultad que se confiere al acreedor para obtener esta finalidad»⁵⁵. Este remedio se desarrolla en los arts. 1192 a 1196 PMCC (en una sección rubricada «De la acción de cumplimiento») y en los arts. III.-3:301 a III.-3:303 DCFR (bajo la rúbrica «*Right to enforce performance*»).

La PMCC contiene una regulación unitaria y general de esta acción, preferible a todas luces a la actual dispersión de reglas del Código civil, no solo por razones sistemáticas sino también por motivos de fondo, porque se incorporan normas que explicitan algunas reglas ya admitidas entre nosotros, o con las que se pretende una actualización del régimen jurídico de esta materia en línea con los textos internacionales existentes al respecto⁵⁶.

2. Tanto la PMCC como el DCFR parten de la distinción entre obligaciones dinerarias y no dinerarias, por lo que la seguiré en la exposición que sigue; dentro de las obligaciones no dinerarias, la PMCC aún lleva a cabo alguna diferenciación adicional a efectos concretos a los que también aludiré separadamente.

3.2 Obligaciones dinerarias

Por el propio carácter de estas obligaciones, se explica lo dispuesto en el art. 1192.I PMCC: «El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento».

⁵⁴ *Principles*, I, p. 845.

⁵⁵ *Fundamentos*, II, p. 775.

⁵⁶ La huella de los PECL es muy clara en el art. 1192.II PMCC (*vid.* Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, pp. 775 a 777), lo que, como se verá, también la aproxima al DCFR.

Por tanto, en este caso siempre dispone de la pretensión de cumplimiento.

Sin embargo, el DCFR matiza esta solución en un loable afán por arbitrar una solución más sensible a los intereses de ambas partes (más exactamente, al interés de quien ha dejado de estar interesado en los bienes o servicios que contrató). Así, el art. III.-3:301 DCFR («*Enforcement of monetary obligations*») dispone: «(1) *The creditor is entitled to recover money payment of which is due.*

(2) *Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:*

(a) *the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or*

(b) *performance would be unreasonable in the circumstances».*

El párrafo (2) toma en cuenta aquellos casos en que el acreedor del dinero en una obligación sinalagmática aún no ha cumplido con su parte y resulta evidente que el deudor no quiere ya recibir la prestación por la que tendría que pagar; la regla general es que aun en tal caso el acreedor conserva su derecho a cumplir y a cobrar el precio correspondiente; pero esa regla se excepciona en dos supuestos: primero, cuando el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo sin esfuerzos o gastos significativos (*v. gr.*, puede buscar fácilmente otro comprador para su mercancía); y, segundo, cuando dadas las circunstancias el cumplimiento sería irrazonable (situación que se daría si antes de iniciarse el cumplimiento, el deudor deja claro que ya no lo quiere)⁵⁷. Descartada la pretensión de cumplimiento en estos casos, el acreedor podrá, no obstante, exigir a su deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado; así, si ha cerrado una operación de reemplazo, el acreedor podrá exigir la diferencia entre el precio del contrato primero y el del contrato sustitutorio⁵⁸.

Como he dicho, la PMCC no contempla estas hipótesis. Pero sí hay una regla en el CC que responde a la misma línea de pensamiento: el art. 1594 CC, que en el contrato de obra permite al comitente desistir de la construcción de la obra, indemnizando al con-

⁵⁷ Así, *Principles*, I, p. 825.

⁵⁸ *Principles*, I, p. 825. MORALES MORENO («Pretensión...», p. 71), al comentar el art. 9:101 (2) PECL, de contenido similar al art. 3:301 DCFR, destaca que la cuantía de la indemnización «no tiene que coincidir con la del crédito inicial (pecuniario). La indemnización no se atribuye en este caso por razón de un incumplimiento contractual. Es la vía para encauzar la satisfacción del interés del contratante al que el ordenamiento le priva de su derecho a exigir que el contrato se ejecute en sus propios términos».

tratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; también el art. 160 TR-LGDCU, relativo al contrato de viaje combinado, permite al consumidor dejar sin efecto los servicios contratados aunque no haya causa de fuerza mayor que lo justifique, debiendo entonces indemnizar a la otra parte por diversos conceptos.

3.3 Obligaciones no dinerarias. Régimen general

3.3.1 CAUSAS QUE EXCLUYEN LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Tratándose de obligaciones no dinerarias, tanto la PMCC como el DCFR admiten la existencia de ciertas causas que privan al acreedor de la pretensión de cumplimiento; existe una notable similitud entre las previstas en ambos textos.

Así, el art. 1192.II PMCC dispone: «En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

- 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.
- 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor.
- 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.
- 4.º La prestación sea personal del deudor».

Por su parte, el art. III.-3:302 («*Enforcement of non-monetary obligations*») establece en su párrafo (3): «*Specific performance cannot, however, be enforced where:*

- (a) *performance would be unlawful or impossible;*
- (b) *performance would be unreasonably burdensome or expensive; or*
- (c) *performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it».*

La proximidad de ambas propuestas es evidente. Analicemos las causas una a una, tomando como referente la PMCC:

1.^a *La imposibilidad jurídica o física de la prestación.* Su justificación es clara: el deudor no puede superar la imposibilidad material ni obrar de forma ilícita. Como se recordará, en el nuevo modelo de responsabilidad contractual la imposibilidad originaria no determina por sí misma la invalidez del contrato (art. 1303 PMCC y art. II.-7:102 DCFR), cuyo incumplimiento por esta causa

puede legitimar al acreedor para hacer valer otro remedio distinto de la pretensión de cumplimiento (así, por ejemplo, la resolución, si se trata de una relación sinalagmática, o la indemnización de daños y perjuicios⁵⁹). Esta idea se puede generalizar más allá de la concreta causa que estamos analizando ahora mismo (sobre ello vuelvo poco más adelante).

2.^a *La excesiva onerosidad del cumplimiento en forma específica (o, en su caso, de su ejecución forzosa)*. El DCFR alude a un cumplimiento irrazonablemente gravoso (entendido en sentido amplio, no necesariamente económico)⁶⁰ o caro. Se trata de una situación que ya ha sido tomada en cuenta en nuestro país por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo para justificar una excepción a la debida ejecución de las sentencias en sus propios términos⁶¹.

3.^a *La contrariedad a la buena fe de la pretensión de cumplimiento*. Este límite opera también en el DCFR, por lo dispuesto con alcance general en su art. III.-1:103. Al comentar el art. III.-3:302 (3) DCFR, los autores sitúan en la causa (b) (cumplimiento irrazonablemente gravoso o caro) supuestos que, a mi modo de ver, podrían considerarse contrarios a las exigencias de la buena fe: así, por ejemplo, cuando el cumplimiento específico ha dejado de ser útil para el acreedor, o cuando este puede ver satisfecho su interés fácilmente por otra fuente y reclamar al deudor el coste de ello⁶².

4.^a *El carácter personal de la prestación*. Los términos de la PMCC son más amplios que los del DCFR, que requiere que el cumplimiento tenga tal carácter personal que sería irrazonable su ejecución forzosa; los autores del DCFR justifican esta regla en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales del deudor, incluida la libertad personal y la integridad física: no debe poderse

⁵⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 776.

⁶⁰ *Principles*, I, p. 831.

⁶¹ *Vid.* a este respecto MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 68 a 70, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 776 y 777, refiriéndose ambos a la STC 17.11.1991 (RTC 1991, 194) y la STS 2.7.1998 (RJ 1998, 5123). Sirva de ejemplo de la causa examinada en el texto el caso resuelto por la primera de estas sentencias: una empresa minera había sido condenada por sentencia a restituir al demandante una finca limpia de los residuos que había ido depositando en ella; sin embargo, el coste de la limpieza (cincuenta millones de pesetas) era tan superior al valor de la finca (ciento dieciséis mil pesetas), que en ejecución de sentencia el tribunal de instancia sustituyó la ejecución en forma específica por una indemnización por el valor del terreno, entendiendo que la sentencia no podía ejecutarse en sus propios términos.

⁶² *Principles*, I, p. 831.

El DCFR contiene además una regla concreta, manifestación de la exigencia general de actuación conforme a la buena fe y la lealtad, en el párrafo (5) del art. III.-3:302: «*The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense*».

forzar al deudor a cumplir cuando el cumplimiento consiste en procurar o aceptar servicios u obras de un carácter tan personal o tan basados en una relación personal, que la ejecución forzosa vulneraría los derechos humanos del deudor; lo determinante no es, por tanto, simplemente la naturaleza personal de la obra o servicios a realizar, pues excluir la ejecución forzosa de todos ellos sería ir demasiado lejos; además, se descarta que la justificación de la norma sea que una obra o un servicio obtenidos forzosamente, podrían no satisfacer al acreedor: esta es una cuestión que debe decidir él y no resolverse excluyendo automáticamente la pretensión de cumplimiento⁶³. Estas observaciones me parecen muy acertadas y creo que hubiera sido preferible que la PMCC hubiera ido en esta línea. Además, habría que tener en cuenta la necesaria conciliación del Código civil con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la ejecución forzosa de las obligaciones; allí se prevén mecanismos hasta para obtener la ejecución de una condena de hacer personalísimo (ya no digamos de un hacer no personalísimo: art. 706 LEC): así, el art. 709 LEC permite al ejecutante optar entre un equivalente pecuniario o solicitar que se apremie al ejecutado con multas mensuales hasta durante un año, transcurrido el cual la ejecución proseguirá para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario o para adoptar otras medidas idóneas. En estos casos, lo que ha hecho valer el acreedor es su pretensión de cumplimiento; como señala Morales Moreno⁶⁴, «[c]uando el título ejecutivo (la sentencia de condena, por ejemplo) refleja el contenido de la obligación, la ejecución del mismo desenvuelve el ejercicio judicial de la pretensión de cumplimiento... Son medidas de cumplimiento, todas las que se dirigen a procurar satisfacción al acreedor ejecutante, de modo directo o indirecto, conforme al contenido del título ejecutivo. Dentro de ellas podemos incluir las siguientes: (1) Las orientadas a lograr el cumplimiento del deudor ejecutado, en los propios términos del título ejecutivo. (2) Las que se dirigen a lograr la satisfacción *in natura* del acreedor ejecutante, sustituyendo la actividad del deudor por la del juez o la de otro sujeto, con cargo al deudor. (3) Las que, como última salida, atribuyen al acreedor el equivalente pecuniario de la prestación debida y no satisfecha»; por tanto, hasta la medida del equivalente pecuniario «[e]stá fundada en el ejercicio judicial de la pretensión de cumplimiento»⁶⁵. En definitiva, en nuestro sistema actual, el carácter personal de la prestación no impide al acreedor hacer valer su pretensión de cumplimiento; y la PMCC, tal y como

⁶³ *Principles*, I, pp. 832 y 833.

⁶⁴ «Pretensión...», p. 89.

⁶⁵ MORALES MORENO, «Pretensión...», p. 91; *vid.*, sin embargo, GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 15.

ahora está redactada, vendría a excluirla en unos términos excesivamente amplios, que deberían acotarse mejor, en línea con la regla del art. III.-3:302 (3) (c) DCFR.

A diferencia de la PMCC, el DCFR [art. III.-3:302 (4)] prevé la *pérdida de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor no la hace valer tempestivamente*: en concreto, cuando no lo reclama en un tiempo razonable después de haber tenido conocimiento del incumplimiento, o de poderse razonablemente esperar que lo hubiera tenido⁶⁶. La norma opera al margen de las reglas de prescripción y persigue proteger al deudor de los inconvenientes que pueden derivarse de un ejercicio tardío de la pretensión de cumplimiento por parte del acreedor⁶⁷. A falta de una norma parecida en la PMCC, los problemas que la misma encara habrían de resolverse con el principio de la buena fe y, en particular, con la doctrina del retraso desleal.

3.3.2 LA RELACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO CON EL REMEDIO INDEMNIZATORIO

1. El hecho de que el acreedor no pueda hacer valer la pretensión de cumplimiento por cualquiera de las causas expuestas no le impide recurrir a los otros remedios, siempre que se den sus respectivos supuestos de hecho; entre esos remedios juega un papel destacado en estos casos la indemnización de daños y perjuicios, sometida a sus propias causas de exoneración⁶⁸; así, el art. III.-3:303 DCFR se refiere a ella expresamente, para sentar que su exigibilidad no se ve afectada por la exclusión de la pretensión de cumplimiento⁶⁹; mas, a mi modo de ver, no es imprescindible una norma al efecto para justificar esta conclusión, ya que la posibilidad o no de hacer valer cada uno de los diversos remedios depende de que se cumplan o no sus respectivos presupuestos; por eso creo que al mismo resultado cabe llegar con la PMCC, aunque en ella falte un artículo como el citado del DCFR.

2. Cuestión distinta es si puede ejercitarse la pretensión de cumplimiento cuando el deudor esté libre de responsabilidad

⁶⁶ Art. III.-3:302 (4): «*The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance*».

⁶⁷ *Principles*, I, p. 833.

⁶⁸ Con todo, también hemos visto que, por ejemplo, en caso de imposibilidad originaria de la prestación, el acreedor que no puede exigir el cumplimiento específico puede tener interés en resolver el contrato, si concurren los requisitos precisos para ello (*supra*, nota 59).

⁶⁹ Art. III.-3:303 DCFR: «*The fact that a right to enforce specific performance is excluded under the preceding Article does not preclude a claim for damages*».

(entendida ahora en sentido limitado, reducida a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento)⁷⁰.

La PMCC deja claro que el hecho de que el deudor no tenga que reparar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, por mediar una causa de exoneración al efecto, no impide al acreedor ejercitar cualquier otro de los remedios previstos para el caso de incumplimiento (así lo expresa el último párrafo del art. 1209 PMCC); entre esos otros remedios se encuentra la pretensión de cumplimiento, sujeta a sus propios presupuestos y causas de exclusión. Para que el deudor quede exonerado del deber de reparar el daño es preciso, conforme al art. 1209.I PMCC, que el incumplimiento se haya debido a un impedimento ajeno a la voluntad del deudor y a su esfera de control, y que, de acuerdo con el contrato y las reglas de la buena fe y los usos, no tuviera el deber de prever ese impedimento o de evitarlo o superar sus consecuencias. Por tanto, si por una circunstancia de este tipo, el deudor no puede cumplir puntualmente, el acreedor no podrá exigirle que le indemnice los daños derivados del retraso, pero sí podrá exigirle que cumpla en cuanto el impedimento cese (incluso a efectos indemnizatorios, la exoneración solo es efectiva mientras dure el impedimento: art. 1209.II PMCC); si, por ejemplo, el deudor está obligado a entregar un determinado modelo de máquina pero resulta que poco antes de la fecha prevista para ello el almacén donde las tenía almacenadas queda destrozado por un terremoto de inusual violencia, en vista de lo cual opta por entregar a su acreedor un modelo distinto, de menor rendimiento, en tanto pueda fabricar más ejemplares del tipo de las destruidas, la exclusión de la pretensión indemnizatoria no lleva consigo la de la pretensión de cumplimiento, en tanto no se dé ninguna de las circunstancias que contempla al efecto el art. 1192.II PMCC (la prestación no ha devenido imposible porque es posible montar más máquinas del mismo género). En esta medida, la PMCC encaja en ese nuevo modelo de responsabilidad contractual del que vengo hablando, por cuanto en él «la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria se conciben como dos remedios diferenciados, cuyo supuesto de aplicación, fuera de la exigencia de incumplimiento, no tiene necesariamente que coincidir»⁷¹.

En contraste con la PMCC, el DCFR ha optado por establecer una causa común de exclusión de la pretensión de cumplimiento y

⁷⁰ Acerca del debate suscitado en nuestra doctrina sobre si el supuesto de exoneración de la pretensión de cumplimiento debe o no coincidir con el de exoneración de la pretensión indemnizatoria, *vid.* MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 57 y ss., quien también aborda su tratamiento en la CISG y en los PECL.

⁷¹ MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 65 y 66; el mismo autor da cuenta de la opinión de CARRASCO, VERDERA SERVER o PANTALEÓN en este mismo sentido (*op. cit.*, pp. 60 y 61).

de la indemnizatoria⁷². Así, el art. III.-3:101 (2) DCFR⁷³ establece que si el incumplimiento es excusable, el acreedor no puede hacer valer ni el remedio indemnizatorio ni la pretensión de cumplimiento. De acuerdo con el art. III.-3:104 (1) DCFR, el incumplimiento es excusable si se debe a un impedimento que está fuera de la esfera de control del deudor, y razonablemente no podía esperarse de este que evitara o superara ese impedimento o sus consecuencias; además es preciso que no pudiera esperarse razonablemente que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de contratar [art. III.-3:104 (2)]; conforme al párrafo (3) del mismo artículo, si el impedimento es solo temporal, la excusa únicamente tiene efecto mientras subsiste (a no ser que el retraso comporte un incumplimiento esencial, en cuyo caso el acreedor podrá tratarlo como tal)⁷⁴. Más allá de este criterio común de exclusión de ambas pretensiones, sin embargo, no hay una coincidencia total entre las causas de exoneración de unas y otras (ya hemos visto cómo el propio art. III.-3:303 DCFR dispone que la exclusión de la pretensión de cumplimiento no comporta la de la indemnizatoria).

3.3.3 REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN COMO POSIBLE CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Si el deudor realiza una prestación no conforme con el contrato, el acreedor está legitimado para exigirle la reparación de sus defectos o su sustitución a fin de obtener satisfacción a su interés en forma específica; a este fin sirve también la pretensión de cumplimiento. Así lo establecen tanto la PMCC como el DCFR.

Según el art. 1193 PMCC, «[e]l derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la obligación no lo impida». Hay que

⁷² De este modo, mientras que la PMCC sigue la estela de la CSIG [art. 79 (5)], el DCFR hace lo propio con los PECL [art. 8:101 (2)]; sobre el modelo de estos dos primeros referentes (CSIG y PECL), *vid.* MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 62 a 65; también puede consultarse FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 82 y ss.

⁷³ Cuyo texto figura *supra* en la nota 45.

⁷⁴ Art. III.-3:104: «(1) *A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.*

(2) *Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.*

(3) *Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

valorar positivamente una norma así, que explicita y establece con alcance general una regla ya admitida en nuestro Derecho⁷⁵.

Por su parte, el art. III.-3:302 (2) DCFR dispone lo siguiente: «*Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation*». Aquí se considera comprendida la reparación, la entrega de partes faltantes o la sustitución⁷⁶. El supuesto de la sustitución se contempla específicamente, además, en el art. III.-3:205 DCFR, que no tiene paralelo en la PMCC⁷⁷; en su párrafo (1), este precepto atribuye al deudor que haya sustituido su prestación (sea voluntariamente o sea porque el acreedor ha hecho valer la pretensión de cumplimiento) el derecho y la obligación de retirar a su costa el bien sustituido; se entiende que el incumplimiento de esta obligación desata los remedios generales frente al incumplimiento⁷⁸; según el párrafo (2) del art. III.-3:205 DCFR, el acreedor no debe pagar nada por el uso del objeto reemplazado durante el periodo previo a su sustitución.

Las causas que excluyen la pretensión de cumplimiento en estos casos son las que ya han quedado analizadas; además, el art. 1193 PMCC exige para la viabilidad de la pretensión de rectificación o sustitución que «la naturaleza de la obligación no lo impida»; si, *v. gr.*, el objeto a sustituir fuera un bien concreto, único en su especie, no sería factible su reemplazo por otro⁷⁹.

3.3.4 EL *IUS VARIANDI* DEL ACREEDOR

El hecho de que el acreedor ejercite su pretensión de cumplimiento como primera opción no le impide, en determinadas circunstancias, abandonar después esa pretensión, para recurrir a otros remedios. En este punto es preciso tener en cuenta también el interés del deudor que, una vez que el acreedor persiste en exigir el cumplimiento, trata de hacer lo que está en su mano a tal fin; no sería justo que, habiéndole hecho el acreedor confiar en que aún estaba interesado en la prestación, y siendo aún posible llevarla a cabo a su plena satisfacción, el acreedor pudiera cambiar intempestivamente de opinión e hiciera valer otro remedio que

⁷⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 775.

⁷⁶ *Principles*, I, p. 830.

⁷⁷ Art. III.-3:205 DCFR: «(1) *Where the debtor has, whether voluntarily or in compliance with an order under III.-3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and an obligation to take back the replaced item at the debtor's expense.*

(2) *The creditor is not liable to pay for any use made of the replaced item in the period prior to the replacement*».

⁷⁸ *Principles*, I, p. 822.

⁷⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 775.

hiciera inútiles los esfuerzos desplegados por el deudor para cumplir debidamente (*v. gr.*, la resolución del contrato); la doctrina de los propios actos, como manifestación concreta del principio de la buena fe, debe tenerse aquí en cuenta. El art. 1194 PMCC busca el equilibrio entre los legítimos intereses de ambas partes en los siguientes términos: «El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce»⁸⁰. La clave de la interpretación del precepto se sitúa en determinar cuándo se entiende que el acreedor no ha obtenido satisfacción *oportunamente*, aspecto en el que quizá fuera conveniente alguna concreción mayor. Desde luego, una vez que se constate la imposibilidad de la prestación es claro que la pretensión de cumplimiento no es viable (art. 1192.II.1.º PMCC) y, por tanto, el acreedor tendrá que optar por otro remedio. A los efectos del art. 1194 PMCC cabría entender que el acreedor no obtiene oportunamente la satisfacción de su derecho cuando, habiéndole dado al deudor un plazo adicional razonable para que cumpla debidamente, el mismo haya transcurrido sin resultados. También cuando, aun sin haber fijado ningún plazo al pretender el cumplimiento, transcurre un período de tiempo tal que el incumplimiento debe considerarse ya esencial (así, *v. gr.*, cuando la ejecución de la prestación ya no bastaría para satisfacer el interés del acreedor conforme a lo pactado en el contrato). En cualquiera de estos casos concurrirían, además, los presupuestos para resolver el contrato conforme a los arts. 1199.I y 1200.I PMCC.

Aunque el DCFR no contiene ninguna regla parecida a la del art. 1194 PMCC, en el comentario al art. III.-3:102⁸¹, sus autores no dudan en admitir el cambio de remedio por parte del acreedor, aunque con precauciones que van en línea con lo expuesto más arriba⁸².

3.4 Algunas obligaciones no dinerarias en particular

1. La PMCC contempla específicamente dos concretos tipos de obligaciones no pecuniarias: la consistente en emitir una declaración de voluntad (art. 1195 PMCC) y la que tiene por objeto la entrega de cosa determinada (art. 1196 PMCC).

⁸⁰ Compárese con el art. 1124.II *in fine* CC, que permite pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento *cuando este resultare imposible*. Como observa FENOY PICÓN («El incumplimiento...»), p. 37), esta regla del art. 1124 CC, interpretada literalmente, tiene un alcance menor que el art. 1194 PMCC; en el texto lo detallo.

⁸¹ Art. III.-3:102 DCFR: «*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*».

⁸² *Principles*, I, pp. 777 y 778.

Según el art. 1195 PMCC, «[s]i la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento solo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario». Por un lado, el precepto remite al art. 708 LEC. Por otro, se prevé que la pretensión de cumplimiento queda excluida si las partes pactan una pena para el caso de incumplimiento de la obligación de emitir la declaración; dicha exclusión no opera si el pacto así lo especifica.

Por su parte, el artículo 1196 PMCC dispone: «Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido». La imposibilidad de la prestación excluye la acción de cumplimiento (art. 1192.II.1.º PMCC), y por eso el primer inciso del art. 1196 PMCC le atribuye al acreedor el *commodum representationis* en términos similares a los del vigente art. 1186 CC. El segundo inciso del artículo precisa una regla perfectamente lógica, encaminada a que el acreedor no obtenga mediante la pretensión indemnizatoria que pueda dirigir contra el deudor más de lo que legítimamente le corresponda, evitando así que se lucre a su costa.

2. El DCFR no contiene reglas parecidas a estas.

4. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

1. La reducción del precio aparece regulada en términos muy similares en la PMCC (arts. 1197 y 1198) y en el DCFR (art. III.-3:601). Su explícita consagración como un remedio de carácter general es una positiva novedad de la PMCC, pues supera el enfoque parcial del vigente CC, que se limita a reconocer la acción *quantum minoris* en el ámbito del contrato de compraventa, a favor del comprador de una cosa con vicios o defectos ocultos (art. 1486.I CC)⁸³.

El art. 1197 PMCC establece: «La parte que hubiere 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 habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato.

⁸³ La PCC también regula este remedio en el contrato de compraventa, con algunas diferencias notables respecto de la PMCC; más adelante vuelvo sobre ello.

La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso.

El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación».

El artículo 1198 PMCC añade: «La parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir».

Por su parte, el art. III.-3:601 DCFR dispone: «(1) *A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance.*

(2) *A creditor who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the debtor.*

(3) *A creditor who reduces the price cannot also recover damages for the loss thereby compensated but remains entitled to damages for any further loss suffered.*

(4) *This Article applies with appropriate adaptations to a reciprocal obligation of the creditor other than an obligation to pay a price».*

De la comparación entre ambos textos resulta una clara correspondencia entre los dos primeros párrafos de los arts. 1197 PMCC y III.-3:601 DCFR, y los dos segundos párrafos de los mismos preceptos; el art. 1198 PMCC encuentra su paralelo en el párrafo tercero del art. III.-3:601 DCFR; las diferencias se encuentran en el párrafo tercero del art. 1197 PMCC, por un lado, y el párrafo (4) del art. III.-3:601 DCFR, por otro, en la medida en que cada uno de ellos recoge una regla ausente en el otro texto.

2. Las dos regulaciones presuponen una *relación obligatoria sinalagmática*, en la que a una de las partes le incumbe llevar a cabo una prestación por la que la otra, en principio, ha de abonarle una cantidad de dinero; es preciso, además, que la primera lleve a cabo una prestación no conforme; ante tal incumplimiento, la otra parte puede optar por aceptar esa prestación exigiendo a cambio una rebaja del precio a pagar o ya pagado por ella (teniendo derecho en este último caso al correspondiente reembolso); este reme-

dio se puede hacer valer aunque el incumplimiento sea excusable⁸⁴. La rebaja debe ser proporcional a la diferencia existente entre el valor que tenía la prestación no conforme en el momento en que se realizó y el que debería haber tenido en ese momento si se hubiera cumplido debidamente. Lo que importan son esos valores y no el precio pactado; así, *v. gr.*, supongamos que X le ofrece una ganga a Z y le vende por diez mil euros un coche que valdría doce mil si realmente tuviera las cualidades aseguradas por X; luego resulta que el coche transmitido tiene tales defectos que su verdadero valor al tiempo de la entrega es de ocho mil euros; si Z prefiere pese a todo conservar el vehículo, podrá reclamar una rebaja de un tercio del precio (pues el valor real de la prestación –ocho mil euros– es un tercio menor al que habría tenido si hubiera sido conforme –doce mil euros–)⁸⁵.

El DCFR [art. III.-3:601 (4)] permite la aplicación del mismo remedio, aun con las debidas adaptaciones, cuando quien acepta el cumplimiento no conforme está obligado a hacer algo distinto que pagar un precio (pensemos, por ejemplo, en una permuta); aunque la PMCC no contiene una regla similar, cabría entender que el mismo resultado puede alcanzarse mediante una interpretación analógica del art. 1197 PMCC.

3. Por su parte, solo la PMCC explicita la duración y el tipo del plazo a que se sujeta el ejercicio de este remedio: un plazo de caducidad de seis meses desde que se hubiera recibido la prestación (art. 1197.III PMCC); de este modo, se perpetúa lo dispuesto por el art. 1490 CC para las acciones edilicias, especificándose además que el plazo es de caducidad (con lo que se resuelve la controversia existente en este último punto).

4. Finalmente, tanto el art. 1198 PMCC como el art. III.-3:601 (3) DCFR dejan claro que la parte que reduce el precio puede pretender al mismo tiempo la indemnización del daño derivado del incumplimiento, a excepción del perjuicio consistente en la disminución del valor de la prestación; la justificación es obvia: esa pérdida ya se ve compensada por la reducción del precio.

5. Como anticipé unas líneas atrás, la PCC también regula la reducción del precio como una de los remedios que puede hacer valer el comprador frente al vendedor en caso de falta de conformidad de la cosa entregada. El art. 1482 PCC comienza estableciendo: «En caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato.

⁸⁴ Así, en relación con el DCFR, *Principles*, I, p. 911.

⁸⁵ *Vid.* otros ejemplos en *Principles*, I, pp. 910 y 911.

En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere». La cuantía de la reducción se regula en el art. 1487 PCC en términos coincidentes con los del art. 1197.I PMCC.

Sin embargo, hay algunas diferencias relevantes entre las reglas de la PCC y las de la PMCC. Me limito a apuntarlas brevemente. En primer lugar, hay que partir de que el art. 1482 PCC establece una jerarquía entre los remedios que menciona, de manera que la pretensión de cumplimiento debe ejercitarse, si es viable, antes que la de reducción del precio —o la resolución—⁸⁶; de la PMCC no se deduce una jerarquización similar⁸⁷. Además, el art. 1492 PCC reconoce el derecho del vendedor a cumplir el contrato, aunque el comprador no haya optado por ese remedio⁸⁸, al disponer en su primer inciso: «El vendedor puede oponerse a la resolución del contrato o a la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, sin dilación y sin costes ni inconvenientes significativos para éste subsana el defecto en el cumplimiento»; dado que esta previsión puede considerarse inspirada en el principio de buena fe, la misma podría aplicarse en el marco general de la PMCC aunque en ella no se haya incluido expresamente una regla parecida; el DCFR sí la establece en los arts. III.-3:201 y ss. («*Cure by debtor of non-conforming performance*»)⁸⁹. Por último, la regulación del plazo para hacer valer el remedio de reducción del precio en la PCC difiere notablemente de la prevista en la PMCC; el art. 1488 PCC establece plazos más largos, que varían según la naturaleza mueble o inmueble del bien vendido, en los siguientes términos: «Los derechos y acciones que corresponden al comprador por falta de conformidad de la cosa prescriben:

1.º A los cinco años, si la cosa vendida es un inmueble construido o edificado.

2.º A los dos años, en los demás casos.

El plazo se computará desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder; pero si el vendedor ha ocultado la falta de conformidad, el plazo se computará a partir del día en que el comprador la haya descubierto o no haya podido ignorarla.

Los plazos de este artículo no se aplicarán en los casos en que una ley especial prevea otros diferentes». El *dies a quo* del cómputo

⁸⁶ Así resulta de lo dispuesto por el art. 1485 PCC, tal y como pone de relieve la Exposición de Motivos de la PCC en su apartado 17.

⁸⁷ Esto es puesto de relieve también por JEREZ DELGADO y PÉREZ GARCÍA, «La Comisión...», p. 177.

⁸⁸ Vid. el párrafo final del apartado 24 de la Exposición de Motivos de la PCC.

⁸⁹ Respecto de esta normativa del DCFR, me remito a lo expuesto *supra*, en el número 5 del epígrafe 1.2 del apartado III.

to, como se ve, reviste asimismo alguna peculiaridad respecto de la PMCC. Pero la principal diferencia se centra en la sustancial ampliación de los plazos (que, además, son de prescripción), por considerarse que el de seis meses vigente en el CC resulta con frecuencia insuficiente para una efectiva protección del comprador⁹⁰.

5. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La resolución por incumplimiento es objeto de una profunda revisión en la PMCC, donde este remedio se regula de forma detallada y sistemática en los arts. 1199 a 1204; desde luego, su actual regulación en el art. 1124 CC, situado en la sección dedicada a las obligaciones condicionales, precisa una reforma de gran calado.

Por su parte, el DCFR también regula ampliamente este remedio, en la sección 5 del Capítulo 3 del Libro III (arts. III.-3:501 ss.); a él se alude con el término «*termination*», que el art. III.-3:501 (2) DCFR define como la finalización de la relación contractual en todo o en parte⁹¹. La PMCC no define la resolución.

5.1 Ámbito de aplicación

1. La PMCC no circunscribe explícitamente el remedio resolutorio a las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Su silencio en este punto es llamativo, teniendo en cuenta que el art. 1124 CC sí alude a ello, y que la misma PMCC también lo hace al regular la suspensión cautelar de la ejecución de la propia prestación en el art. 1191; puede que el silencio se deba a que la reciprocidad de las obligaciones se considera presupuesta en el art. 1199.I PMCC, al expresar que «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento...», pero la cuestión no es del todo clara. Como hace ver Clemente Meoro⁹², ello suscita la duda de si la PMCC permite aplicar el remedio reso-

⁹⁰ Exposición de Motivos de la PCC, primer párrafo del apartado 22.

También destacan esta divergencia JEREZ DELGADO y PÉREZ GARCÍA, «La Comisión...», p. 177.

⁹¹ Art. III.-3:501 DCFR: «*Scope and definition*

(1) *This Section applies only to contractual obligations and contractual relationships.*

(2) *In this Section “termination” means the termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning.*

El DCFR ha elegido para referirse a la resolución un término neutral en lugar de uno técnico, para evitar los problemas que suscita la traducción de estos últimos, y también para poner de relieve que el efecto general de este remedio no es retrospectivo sino que mira hacia el futuro (*Principles*, I, p. 851).

⁹² «La resolución...», p. 3.

lutorio, además de a los contratos sinalagmáticos, a otros como los unilaterales onerosos o los bilaterales imperfectos y los aleatorios; de ser así, observa Clemente, se resolvería la cuestión de si estos contratos son susceptibles de resolución. Por todo lo dicho cabe concluir con este autor que quizá conviniera aclarar este extremo si la PMCC se convirtiera en Derecho vigente.

2. El DCFR no solo no circunscribe expresamente la resolución a los contratos sinalagmáticos, sino que del art. III.-3:511 (3) resulta que este remedio se considera aplicable a contratos que no tienen ese carácter, como los gratuitos; efectivamente, el citado artículo excluye el efecto restitutorio típico de este remedio cuando lo que se resuelve es un contrato gratuito⁹³.

5.2 Incumplimientos resolutorios

Es común aludir al principio de conservación del contrato, para justificar que no cualquier incumplimiento puede servir de causa para su resolución, sino que ha de tratarse de un incumplimiento de algún modo cualificado. La PMCC y el DCFR siguen un esquema similar al establecer los incumplimientos que permiten ejercitar el remedio resolutorio: de un lado, el incumplimiento esencial y, de otro, una serie de situaciones en las que en principio no se ha producido un incumplimiento esencial, pero que pasan a merecer la misma consideración por darse ciertas circunstancias. Veamos los diferentes supuestos.

5.2.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Se configura como causa de resolución en el art. 1199.I PMCC y en el art. III.-3:502 (1) DCFR⁹⁴. La cuestión es determinar cuándo el incumplimiento reviste la nota de *esencialidad*. El art. 1199.I PMCC se limita a apuntar que ello debe concretarse atendiendo a la finalidad del contrato: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». El art. III.-3:502 DCFR, en cambio, lo desarrolla con detalle en su párrafo (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*

⁹³ Art. III.-3:511 (3): «*Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous*».

⁹⁴ Art. III.-3:502 (1) DCFR: «*A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental*». El art. 1199.I PMCC se transcribe a continuación en el texto.

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».

Mientras que la segunda de las dos situaciones previstas por el art. III.-3:502 (2) DCFR [la (b)] es clara (el deudor obra dolosamente y es evidente que no va a cumplir), en la primera [la (a)] se entremezclan dos tipos de circunstancias que, a mi modo de ver, sería preferible mantener separadas; de un lado, se toma en cuenta un dato puramente objetivo: que el incumplimiento prive de forma sustancial al acreedor de lo que tenía derecho a esperar conforme al contrato, aplicado a todo o a una parte relevante del cumplimiento; esta circunstancia justifica la esencialidad del incumplimiento a no ser que –y aquí se introduce el otro dato, ya de tipo subjetivo– el deudor, al tiempo de contratar, no hubiera previsto ese resultado ni hubiera podido razonablemente preverlo; esto significa que, si no lo previó ni pudo hacerlo, el incumplimiento no es esencial, lo que impide al acreedor resolver por tal motivo⁹⁵. Ahora bien, que no sea posible la resolución por esta vía no significa que los contratantes sigan vinculados por el contrato en todo caso; antes bien, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. III.-3:104 (4) DCFR, si el incumplimiento se debe a un impedimento permanente no imputable al deudor, la obligación se extingue, al igual que cualquier obligación correlativa que pudiera existir; tratándose de obligaciones contractuales, los efectos restitutorios de la extinción se someten a las reglas aplicables en caso de resolución, con las debi-

⁹⁵ El art. III.-3:502 (2) DCFR sigue una línea similar a la de textos anteriores como la CSIG o los PECL, en los que se incluía parecida salvedad.

Así, el art. 25 CSIG establece: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». Al comentar este precepto, CABANILLAS SÁNCHEZ («Comentario del art. 25», p. 217) destaca que la previsibilidad del perjuicio aparece como requisito indispensable del incumplimiento esencial.

El art. 8:103 PECL se inspira en el que acabo de transcribir y recoge una regla muy similar en su apartado *b)*, añadiendo otro dos nuevos supuestos en los apartados *a)* y *c)*; dice así: «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».

El art. III.-3:502 (2) DCFR ha recogido el supuesto *b)* –con alguna diferencia– y el *c)* del art. 8:103 PECL.

das adaptaciones. Por tanto, si el incumplimiento se debe a un impedimento permanente ajeno a la esfera de control del deudor, y razonablemente no puede esperarse del deudor ni que lo evite ni que lo tome en cuenta al tiempo de contratar⁹⁶, aunque se trate de un incumplimiento que prive sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato, no podrá considerarse esencial porque el deudor no habrá podido prever este resultado al contratar; como decía, pues, el contrato no podrá ser resuelto por el acreedor *ex art. III.-3:502 DCFR*, pero la relación queda extinguida automáticamente por virtud del art. III.-3:104 (4) DCFR (de manera que el acreedor quedará libre de su obligación y podrá exigir, en su caso, la restitución de su prestación).

En mi opinión, la fórmula empleada por el art. III.-3:502 (2) (a) DCFR resulta criticable porque entiendo que no debe considerarse presupuesto del incumplimiento esencial que el mismo sea previsible para el deudor al momento de contratar; a los efectos de la resolución debería prescindirse de si el incumplimiento es o no es imputable al deudor, y permitirse el recurso al remedio resolutorio sobre la base de un incumplimiento que objetivamente frustre las legítimas expectativas del acreedor fundadas en el contrato o el fin perseguido con éste, independientemente de si ello era o no previsible para el deudor⁹⁷.

Partiendo, pues, de que la previsibilidad no debe configurarse como requisito del incumplimiento esencial ni, por tanto, de la resolución del contrato por esta causa, me parece preferible la redacción del art. 1199.I PMCC a la del correlativo precepto del DCFR⁹⁸. Si, de acuerdo con el art. 1199.I PMCC hay que atender a la finalidad del contrato (dato puramente objetivo) para determinar cuándo el incumplimiento es esencial, parece claro que este será el caso –aparte de en los supuestos nada problemáticos de inobservancia de un término esencial, incumplimiento contemplado como condición resolutoria en el mismo contrato o manifiesta voluntad del deudor de no cumplir– cuando estemos ante un incumplimiento que frustre el

⁹⁶ Incumplimiento excusable conforme al art. III.-3:104 (1) y (2) DCFR.

⁹⁷ También PANTALEÓN («Las nuevas bases...», pp. 1732 y 1733) sostiene que la imputabilidad de la falta de cumplimiento al deudor no es ni debe ser elemento del supuesto de hecho de la resolución del contrato; en la misma línea, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 821. En definitiva, y como apunta MORALES MORENO («Evolución...», p. 44), la idea de que la resolución no requiere culpabilidad del deudor se ha ido abriendo paso en nuestro ordenamiento; más adelante me refiero a la jurisprudencia del TS en ese sentido; el mismo autor pone de relieve (*op. cit.*, p. 45) que el carácter objetivo de la resolución, no fundada en la culpa del deudor, deja sin justificación la regla *periculum est emptoris*; la PMCC, en efecto, es coherente con esta idea y suprime la mencionada regla: art. 1452 PMCC.

⁹⁸ *Vid.*, sin embargo, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 4, para quien la PMCC «asume el concepto de incumplimiento esencial» plasmado en la CSIG y en los PECL.

fin pretendido con el contrato, o que –por emplear los términos de los textos jurídicos internacionales antes citados– prive sustancialmente al acreedor de lo que legítimamente podía esperar conforme al contrato. Y ello al margen de la previsibilidad o no de tal resultado para el deudor, o de la imputabilidad o no del incumplimiento al mismo. Esto coincide con la línea que últimamente ha seguido el TS⁹⁹, que, al aplicar el art. 1124 CC, prescinde de la exigencia de una reiterada y demostrada voluntad rebelde al cumplimiento por parte del deudor (en definitiva, de los elementos subjetivos), conformándose con que se constate «la frustración del fin del contrato» o con que «se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte», lo que supone contemplar el incumplimiento sobre una base objetiva¹⁰⁰; en este sentido, no es inusual que el TS traiga a colación el concepto de incumplimiento esencial plasmado en la CSIG y en los PECL, para justificar que esta tendencia jurisprudencial se ajusta a los modernos planteamientos contenidos en ambos textos internacionales; lo que ocurre es que, curiosamente, los preceptos en cuestión se reproducen solo en parte, omitiendo la salvedad que hace referencia a la previsibilidad del resultado por parte del deudor, con lo que el concepto de incumplimiento esencial aparece como netamente objetivo y ajeno al referido dato de la previsibilidad¹⁰¹.

Conforme a lo expuesto, cuando se dé un incumplimiento esencial por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, el acreedor podrá resolver el contrato de acuerdo con el art. 1199.I PMCC; pero también podrá optar por no hacerlo si prefiere mante-

⁹⁹ Plasmada, v. gr., en las SSTs 5.4.2006 (RJ 2006, 1921) y 3.12.2008 (RJ 2009, 525), ambas con cita de otras en el mismo sentido.

¹⁰⁰ Díez-PICAZO (*Los incumplimientos resolutorios*, p. 43) apunta que la última jurisprudencia considera incumplimiento esencial «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». Vid. también, sobre esta tendencia, ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», pp. 6 y 7.

¹⁰¹ Así, la STS 5.4.2006 (RJ 2006, 1921) dice: «Esta tendencia [la que queda expuesta en el texto] se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías..., cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código Civil...; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) [querrá decir b)] de los Principios de Derecho europeo de contratos». Por su parte, la STS 3.12.2008 (RJ 2009, 525), al referirse a los supuestos de incumplimiento esencial previstos en el art. 8:103 PECL, señala que entre ellos «se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato»; después añade que reglas parecidas se encuentran en la CSIG.

Parecidamente, Díez-PICAZO («La Propuesta...», p. 8), tras sostener que el art. 1199 PMCC puede integrarse con la doctrina emanada de la CSIG y de los PECL, concluye: «El incumplimiento es esencial cuando priva al contratante que sufre tal incumplimiento de aquello que hubiera podido haber obtenido de acuerdo con el contrato».

ner el vínculo y hacer valer las acciones que su deudor tuviera contra terceros conforme a lo previsto por el art. 1196 PMCC; esta opción no hubiera sido posible si la PMCC hubiera seguido el modelo del art. III.-3:104 (4) DCFR y hubiera declarado extinguida la obligación en este caso de imposibilidad¹⁰².

5.2.2 EL RETRASO O LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL CUMPLIMIENTO

De acuerdo con el art. 1200.I PMCC, «[e]n caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad». Consecuentemente, cuando el retraso o la falta de conformidad no constituyan un incumplimiento esencial, el acreedor, como regla general, deberá dar al deudor un plazo (razonable) para que cumpla debidamente, de manera que solo si el mismo transcurre sin resultado, el acreedor estará legitimado para resolver¹⁰³. No obstante, el acreedor no tiene por qué darle al deudor ningún plazo adicional cuando se dé la hipótesis prevista por el art. 1200.III PMCC, según el cual «[l]a fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones».

El art. III.-3:503 (1) DCFR contiene una regla muy parecida a la del art. 1200.I PMCC, aunque referida únicamente al supuesto de retraso y no al de no conformidad. El párrafo (2) prevé las consecuencias del hecho de que el plazo fijado por el acreedor sea irrazonablemente corto: el acreedor no podrá resolver el contrato sino después de que haya transcurrido un tiempo razonable desde que le comunicara al deudor el plazo adicional¹⁰⁴. Si la prestación no es conforme, resultan de aplicación los arts. III.-3:202 a III.-3:204 DCFR, a los que ya me refería *supra* (número 5 del epígrafe 1.2 del

¹⁰² Vid. la crítica que a este artículo del DCFR hace PALAZÓN GARRIDO («El remedio...», p. 429) desde esta perspectiva.

¹⁰³ Para algunas autoras hubiera sido conveniente que la PMCC hubiera excluido la resolución por esta vía cuando se trate de incumplimientos poco relevantes (así, PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 436, siguiendo a SAN MIGUEL PRADERA). En defecto de tal previsión, y como apunta FENOY PICÓN («El incumplimiento...», p. 39), para impedir la resolución en tales casos cabría invocar la regla de que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe.

¹⁰⁴ Art. III.-3:503: «Termination after notice fixing additional time for performance

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice».

apartado III); de ellos resulta también que el acreedor debe dar un plazo al deudor para que subsane la falta de conformidad, durante el cual no puede resolver el contrato.

5.2.3 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL ANTICIPADO

El art. 1200.II PMCC permite al acreedor anticiparse al previsible incumplimiento esencial por parte del deudor; a tal fin le autoriza a resolver el contrato aun antes de que ese incumplimiento tenga lugar, cuando hay razones que patentizan que se va a producir y, habiéndole dado un plazo al deudor para que cumpla o garantice adecuadamente que lo va a hacer, el plazo transcurre sin que este haya hecho ninguna de las dos cosas. Así, el art. 1200.II PMCC dispone: «También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto». En este supuesto, al igual que en el anterior, es preciso que el acreedor le dé un plazo al deudor, a no ser que este haya declarado su voluntad de no cumplir con sus obligaciones (art. 1200.III PMCC).

El DCFR recoge las mismas reglas en los arts. III.-3:504 y III.-3:505; el primero contempla la hipótesis de declarada voluntad del deudor de no cumplir (o de incumplimiento seguro por otro motivo), en cuyo caso no es precisa la determinación de plazo alguno por parte del acreedor para que éste pueda resolver el contrato; el segundo se refiere al supuesto en que, siendo razonable pensar que se producirá un incumplimiento esencial, el acreedor le da al deudor un tiempo para que le asegure adecuadamente el cumplimiento: si no se le facilita esa garantía en un tiempo razonable, el acreedor puede resolver¹⁰⁵.

5.3 El ejercicio de la facultad resolutoria

Ni la PMCC ni el DCFR exigen el ejercicio judicial del remedio resolutorio, que puede hacerse valer mediante declaración del acree-

¹⁰⁵ Art. III.-3:504: «*Termination for anticipated non-performance*

A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental».

Art. III.-3:505: «*Termination for inadequate assurance of performance*

A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time».

dor al deudor [art. 1199.II PMCC y art. III.-3:507 (1) DCFR]¹⁰⁶; naturalmente, ello no impide que los tribunales puedan llegar a conocer acerca de su pertinencia si se suscita contienda entre las partes, mas, aun en ese caso, la resolución, de declararse procedente, se habrá producido por la declaración del acreedor y no por la sentencia judicial.

En nuestro Derecho, doctrina y jurisprudencia mayoritarias admiten desde hace tiempo el *ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria*, pero no sobra que la PMCC así lo explicita con toda claridad en el segundo párrafo del art. 1199: «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte». Aunque la norma se encuentre en el artículo que se refiere al incumplimiento esencial como causa de resolución, creo que la misma es aplicable también en los demás supuestos de incumplimiento resolutorio previstos en el artículo siguiente¹⁰⁷; este artículo 1200 se limita a establecer que, en los casos que prevé en sus dos primeros párrafos, el acreedor «podrá resolver» cuando haya transcurrido sin resultados el plazo que le hubiera dado al deudor para que cumpliera, subsanara la falta de conformidad u ofreciera garantía adecuada de cumplimiento; el art. 1199 PMCC determina cómo ha de hacerlo. También el art. 1201 PMCC, que prevé la pérdida de la facultad resolutoria por no ejercitarse en un plazo razonable cuando el deudor ofrece cumplir tardíamente o cuando ha cumplido de forma no conforme, parece respaldar la necesidad de notificación en estos casos¹⁰⁸. Por tanto, el transcurso del plazo fijado por el acreedor conforme a los párrafos I y II del art. 1200 PMCC, no desemboca en una resolución automática, lo que parece sensato a fin de dar mayor claridad y seguridad a las partes acerca de cuál es la situación en que se encuentra su relación contractual¹⁰⁹.

Ni la notificación del art. 1199.II PMCC ni la comunicación del art. III.-3:507 DCFR exigen requisito formal alguno¹¹⁰. Cuestión

¹⁰⁶ Art. III.-3:507 (1) DCFR: «*A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor*». El art. 1199.II se reproduce a continuación en el texto.

¹⁰⁷ En sentido similar, PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441.

¹⁰⁸ Así, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 8. *Vid.* también *infra*, número 1 del epígrafe 5.4.

¹⁰⁹ Cuestión distinta es si el acreedor podría hacer que fuera innecesaria la posterior notificación, mediante el expediente de advertir al deudor, en el mismo momento en que le da el plazo adicional, de su voluntad de dar por resuelto el contrato si ese plazo transcurra sin novedad alguna. Esta posibilidad –a favor de la cual se manifiesta PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441– es admitida expresamente por el DCFR en su artículo III.-3:507 (2): «*Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice*».

¹¹⁰ Así también PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441, y, por lo que respecta a la PMCC, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 8, y ROCA TRÍAS, «El incumpli-

distinta es que a efectos de prueba resulte recomendable practicarla de manera que pueda ser acreditada en caso de disputa entre las partes.

5.4 La pérdida de la facultad resolutoria

1. El artículo 1201 PMCC establece: «Si el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento»¹¹¹.

Puesto que el precepto contempla la pérdida de la facultad de resolver, esto significa que la situación de la que parte es la de *un acreedor que tiene ya esa facultad pero que aún no la ha ejercitado*; por tanto, o el deudor ha incurrido en un incumplimiento esencial o, en los casos previstos en el art. 1200 PMCC, ha dejado pasar el plazo razonable fijado por el acreedor sin cumplir o subsanar la falta de conformidad o sin prestar garantía adecuada de su cumplimiento; en cualquiera de estas situaciones el acreedor puede resolver el contrato por medio de la notificación prevista en el art. 1199.II PMCC; si no lo hace, corre el riesgo de perder esa facultad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1201 PMCC; por tanto, el art. 1201 PMCC sanciona el ejercicio tardío de la facultad resolutoria. El precepto impone al acreedor hacerla valer en un tiempo razonable desde que tenga o hubiera debido tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad; y ello, tanto si dicha oferta o falta de conformidad constituyen ya en sí el incumplimiento esencial que legitima al acreedor a resolver, como si se trata de una oferta tardía o de un cumplimiento no conforme que el deudor lleva a cabo después de haber dejado pasar el plazo a que alude el art. 1200 PMCC sin haber reaccionado a la exigencia del acreedor para que cumpliera debidamente o garantizara que así lo haría (pues es al cumplirse ese plazo y no antes cuando el acreedor queda legitimado para resolver en las hipótesis que contempla el art. 1200 PMCC, a salvo lo dispuesto en su último párrafo). En cualquiera de los casos, la justificación de la regla es que si el deu-

miento...», p. 19; como señala CLEMENTE (*op. cit., loc. cit.*), lo propio puede decirse de la fijación de un nuevo plazo por parte del acreedor a los efectos previstos por el art. 1200 PMCC.

¹¹¹ ROCA TRÍAS («El incumplimiento...», p. 18) advierte que esta regla proviene del art. 64.2 CSIG, aunque pretende simplificar y generalizar los supuestos allí previstos. Lo cierto es que el análisis del art. 64.2 CSIG (*vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO, «Comentario del art. 64», pp. 505 a 507) ayuda a comprender mejor el sentido del art. 1201 PMCC.

dor ofrece cumplir tardíamente o cumple de forma no conforme y el acreedor, pudiendo resolver el contrato, no lo hace, el deudor puede interpretar la pasividad del otro como aquiescencia a su oferta tardía y actuar en consecuencia, o como aceptación de la prestación no conforme.

2. El art. III.-3:508 DCFR contiene una regla paralela a la del art. 1201 PMCC, con algunas diferencias; la principal es que el plazo razonable en que el acreedor debe resolver el contrato comienza a computarse, en los supuestos en que el deudor ha contado con un período de tiempo adicional para cumplir o para cumplir debidamente o asegurar su cumplimiento, desde que expira ese período¹¹².

5.5 Efectos de la resolución

Tanto la PMCC como el DCFR contemplan y regulan los dos efectos básicos de la resolución del contrato, el liberatorio y el restitutorio, que analizaré separadamente. Antes de ello, sin embargo, conviene advertir que en ambos textos queda claro que *la resolución no surte efectos retroactivos*, en el sentido de que con ella no se trata de extinguir retroactivamente el contrato como si el mismo nunca se hubiera celebrado¹¹³; esto no queda desmentido por el hecho de que, tras la resolución, las partes tengan que restituirse mutuamente las prestaciones recibidas (con la excepción aplicable a los contratos de ejecución continuada); como se explica en los comentarios del DCFR¹¹⁴, este efecto restitutorio no se basa en ninguna ficción de que el contrato o la relación contractual no existieron, sino en la realidad de que los mismos existieron y ahora finalizan; de ello derivan nuevas obligaciones que

¹¹² Art. III.-3:508 DCFR: «*Loss of right to terminate*

(1) *If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate under this Section unless notice of termination is given within a reasonable time.*

(2) *Where the creditor has given the debtor a period of time to cure the non-performance under III.-3:202 (Cure by debtor: general rules) the time mentioned in paragraph (1) begins to run from the expiry of that period. In other cases that time begins to run from the time when the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the tender or the non-conformity.*

(3) *A creditor loses a right to terminate by notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) or III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) unless the creditor gives notice of termination within a reasonable time after the right has arisen».*

¹¹³ *Vid.* a este respecto, sobre la resolución en general, PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», p. 1734.

¹¹⁴ *Principles*, I, p. 887.

persiguen corregir los desequilibrios económicos que derivan de la resolución.

5.5.1 EL EFECTO LIBERATORIO

1. Aparece contemplado en el artículo 1202.I PMCC en los siguientes términos: «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución». El segundo inciso del artículo pone de manifiesto que la resolución no deja sin efecto todo el contrato, pues siguen teniendo vigencia los pactos que las partes hubieran establecido precisamente en contemplación de una posible disputa o una eventual resolución; la misma idea se plasma en el art. 1149.II PMCC, en relación con las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento¹¹⁵.

2. Una vez más, encontramos en el DCFR (art. III.-3:509) reglas muy parecidas a estas¹¹⁶.

5.5.2 EL EFECTO RESTITUTORIO

1. En la PMCC, este efecto aparece desarrollado en los arts. 1203 y 1204¹¹⁷; muchas de sus reglas se encuentran en el

¹¹⁵ Según el art. 1149.II PMCC, «[s]i el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado».

¹¹⁶ Art. III.-3:509: «*Effect on obligations under the contract*

(1) *On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end.*

(2) *Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination».*

Del párrafo (3) del mismo artículo –al que vuelvo cuando aborde la indemnización de daños en estos casos– resulta que también conservan su eficacia las cláusulas penales.

¹¹⁷ Artículo 1203 PMCC: «Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

Artículo 1204 PMCC: «En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto».

DCFR (arts. III.-3:510 y ss.), que, sin embargo, va más allá y es más prolijo que la PMCC a la hora de regular el cálculo del valor de la prestación a restituir o algunos aspectos de la liquidación de la relación¹¹⁸.

2. Paso a sintetizar lo que se desprende de los arts. 1203 y 1204 PMCC, apuntando en cada caso sus coincidencias o diferencias con el régimen del DCFR. Resuelto el contrato, cada una de las partes (no solo la que incumplió) queda obligada a *restituir a la otra lo que hubiera recibido en virtud del contrato*; si solo una

¹¹⁸ Art. III.-3:510: «*Restitution of benefits received by performance*

(1) *On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.*

(2) *If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.*

(3) *To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.*

(4) *To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III.-3:512 (Payment of value of benefit).*

(5) *The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit».*

Art. III.-3:511: «*When restitution not required*

(1) *There is no obligation to make restitution under this Sub-section to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other.*

(2) *The terminating party may elect to treat performance as non-conforming if what was received by that party is of no, or fundamentally reduced, value to that party because of the other party's non-performance.*

(3) *Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous».*

Art. III.-3:512: «*Payment of value of benefit*

(1) *The recipient is obliged to:*

(a) *pay the value (at the time of performance) of a benefit which is not transferable or which ceases to be transferable before the time when it is to be returned; and*

(b) *pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit between the time of receipt and the time when it is to be returned.*

(2) *Where there was an agreed price the value of the benefit is that proportion of the price which the value of the actual performance bears to the value of the promised performance. Where no price was agreed the value of the benefit is the sum of money which a willing and capable provider and a willing and capable recipient, knowing of any non-conformity, would lawfully have agreed.*

(3) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is reduced to the extent that as a result of a non-performance of an obligation owed by the other party to the recipient:*

(a) *the benefit cannot be returned in essentially the same condition as when it was received; or*

(b) *the recipient is compelled without compensation either to dispose of it or to sustain a disadvantage in order to preserve it.*

(4) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is likewise reduced to the extent that it cannot be returned in the same condition as when it was received as a result*

hubiera recibido algo, la obligación le afectará únicamente a ella; si fueron las dos, se impone la restitución simultánea [art. 1203.I PMCC; su paralelo en el DCFR es el art. III.-3:510 (1), que se refiere al «beneficio» obtenido por el cumplimiento del otro como objeto de la restitución]. Esta regla general queda exceptuada en los contratos que dan lugar a relaciones duraderas (*v. gr.*, un arrendamiento o un contrato de suministro) cuando las mismas han quedado ya parcialmente consumadas mediante un intercambio de prestaciones ejecutadas correctamente [art. 1204 PMCC; parecidamente, el art. III.-3:511 (1) DCFR]; en tal caso, no tendría ningún sentido obligar a las partes a que se restituyeran prestaciones que en su momento satisficieron el interés de ambas plenamente. El DCFR excluye asimismo la restitución en otro supuesto: cuando el contrato resuelto es gratuito [art. III.-3:511 (3)]¹¹⁹.

3. En principio, la restitución debe llevarse a cabo *en forma específica*. Si ello no es posible, deberá restituirse el valor que tuviera la prestación cuando la restitución se hizo imposible (primer inciso del art. 1203.II PMCC). La imposibilidad de la restitución *in natura* puede deberse a que se trate de una prestación de hacer, o a que el bien a devolver se encuentre en poder de un tercero del que no se puede recuperar, o se haya perdido o destruido.

of conduct of the recipient in the reasonable, but mistaken, belief that there was no non-conformity».

Art. III.-3:513: «Use and improvements

(1) *The recipient is obliged to pay a reasonable amount for any use which the recipient makes of the benefit except in so far as the recipient is liable under III.-3:512 (Payment of value of benefit) paragraph (1) in respect of that use.*

(2) *A recipient who has improved a benefit which the recipient is obliged under this Section to return has a right to payment of the value of improvements if the other party can readily obtain that value by dealing with the benefit unless:*

(a) *the improvement was a non-performance of an obligation owed by the recipient to the other party; or*

(b) *the recipient made the improvement when the recipient knew or could reasonably be expected to know that the benefit would have to be returned».*

Art. III.-3:514: «Liabilities arising after time when return due

(1) *The recipient is obliged to:*

(a) *pay the value (at the time of performance) of a benefit which ceases to be transferable after the time when its return was due; and*

(b) *pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit after the time when its return was due.*

(2) *If the benefit is disposed of after the time when return was due, the value to be paid is the value of any proceeds, if this is greater.*

(3) *Other liabilities arising from non-performance of an obligation to return a benefit are unaffected».*

¹¹⁹ Los comentarios justifican esta regla señalando que los contratos gratuitos son por naturaleza desequilibrados; exigir la devolución a quien ha recibido un beneficio que no es restituible de forma específica, por ejemplo un servicio, le obligaría a pagar (un equivalente pecuniario) por algo que siempre se supuso gratuito; por lo demás, se destaca que todo esto no afecta a las reglas de revocación de las donaciones (*Principles*, I, pp. 899 y 900).

Ahora bien, en caso de pérdida o destrucción del objeto a restituir, se establece una regla favorable únicamente a quien ha resuelto el contrato (no al otro), a quien se exime de abonar el equivalente pecuniario si prueba que la pérdida se produjo pese a haber observado la diligencia debida (esto es, sin ninguna culpa de su parte) (segundo inciso del art. 1203.II PMCC).

También el DCFR parte de la restitución *in natura* [art. III.-3:510, párrafo (2) y primer inciso del párrafo (3)]; su sustitución por la restitución del valor se prevé en dos hipótesis: de un lado, cuando el beneficio a devolver no es transferible [art. III.-3:510 (4)], hipótesis que viene a coincidir con la *imposibilidad* a la que alude el art. 1203.II PMCC¹²⁰; de otro lado, cuando el beneficio a devolver es transferible (y no es dinero) pero su transmisión causaría esfuerzos o gastos irrazonables [art. III.-3:510, segundo inciso del párrafo (3)]¹²¹; aunque este último caso no se contempla específicamente en el art. 1203 PMCC, seguramente podría resolverse conforme a su párrafo segundo, interpretando de una forma amplia el concepto de imposibilidad. Por lo demás, el art. III.-3:512 DCFR establece unas reglas bastante prolijas acerca del cálculo del valor a restituir; a ellas se remite el párrafo (4) del art. III.-3:510 DCFR, no, en cambio, el párrafo (3) del mismo artículo, que únicamente se refiere al valor del beneficio¹²².

4. En orden a la liquidación de la relación, la PMCC también toma medidas relativas a los rendimientos y a los gastos.

a) Para empezar, parece que el término *rendimiento* debe entenderse como sinónimo de fruto. Los rendimientos *obtenidos* se sujetan al régimen general de restitución que ha quedado expuesto (art. 1203.I y II PMCC); no se hace a estos efectos ninguna distinción entre la parte que resuelve y la que incumple (con la salvedad ya apuntada para el caso de pérdida o destrucción sin negligencia), ni se alude a los rendimientos que hubieran podido obtenerse con una administración diligente de la cosa (compárese con el art. 455 CC).

El DCFR consagra la misma regla en el art. III.-3:510 (5).

¹²⁰ Vid. *Principles*, I, p. 903.

¹²¹ En los comentarios al precepto (*Principles*, I, p. 895) se pone el siguiente ejemplo de esta segunda hipótesis: A ha pintado un fresco en una pared de la casa de B, por el que B no le ha pagado; aunque sería materialmente posible dismantelar el fresco, los costes serían desproporcionadamente altos; A no podría reclamar la devolución del fresco, sino solo el pago de su valor.

¹²² El art. III.-3:512 DCFR contempla la hipótesis en que el beneficio a restituir no es transferible o deja de serlo antes de la resolución del contrato; cuando deja de serlo después de resuelto el contrato y antes de que se lleve a cabo la restitución del beneficio, se aplica el art. III.-3:514 DCFR; este precepto obliga en principio a pagar el valor que tuviera el bien al tiempo del cumplimiento, pero en el caso de que se hubiera dispuesto de él, hay que restituir el valor de lo obtenido por ello, si fuera mayor [párrafo (3) en relación con párrafo (1) (a)].

b) Por lo que respecta a los *gastos hechos en la cosa* objeto de restitución, el art. 1203.III PMCC distingue entre los necesarios y los demás (esto es, los útiles y los suntuarios), de nuevo sin tomar en consideración si quien los ha efectuado ha sido el incumplidor o el que resuelve; mientras que los gastos necesarios son abonables siempre (coincidencia, pues, con el vigente art. 453.I CC), los otros solo lo son en la medida en que determinen un enriquecimiento en aquel a quien se restituye la cosa; parece, por tanto, que habrá que estar a si la mejora comporta un aumento objetivo del valor económico de la cosa. No se prevé en ningún caso la facultad de separar la mejora cuando ello fuera posible sin deterioro del bien principal (compárese con los arts. 454 y 455 CC).

La regulación del DCFR difiere bastante en este punto de la de la PMCC. El art. III.-3:513 (2), que es el que contempla la mejora del objeto de restitución, no distingue según el tipo de mejora; reconoce al obligado a restituir el derecho a que se le pague el valor de la misma *si* la otra parte puede obtener fácilmente ese valor comerciando con ella¹²³; sin embargo, hay dos excepciones a esta regla (en las que, por tanto, tal derecho no surge): cuando la mejora supusiera el incumplimiento de una obligación de quien tuviera la cosa frente a la otra parte (pensemos, por ejemplo, en una obra no autorizada hecha por el arrendatario de un piso), y cuando la misma se hubiera hecho sabiendo o debiendo haber sabido que habría que devolver la cosa¹²⁴.

De la comparación entre DCFR y PMCC resulta que esta ha preferido un enfoque más objetivo y simplificador (a mi juicio, preferible), probablemente más fácil de aplicar en la práctica.

c) La PMCC no contempla la hipótesis de posible *deterioro de la cosa* a restituir. Sin embargo, lógicamente cabría pensar que si en el caso de destrucción total hay que restituir el equivalente pecuniario, salvo que quien deba hacerlo sea el que resolvió el contrato y la pérdida se hubiera producido pese a observar la debida diligencia, cuando el bien a devolver se haya deteriorado habría que restituirlo junto con una cantidad equivalente a la pérdida de valor, y con la misma salvedad que en el caso anterior.

¹²³ En los comentarios al precepto (*Principles*, I, p. 906) encontramos el siguiente ejemplo: D, comerciante de motocicletas, compra una docena de ellas al fabricante M. D las altera sustituyendo varios componentes por otros de más calidad y reputación. D no puede revender las motos porque, en contra de lo pactado, sus marcos tal como fueron entregados no cumplen con la normativa vigente en el país de D. Reinstaurar las motos a su estado original ya no es posible porque la mayoría de los nuevos componentes han sido soldados. Al resolverse el contrato, D ha de devolver las motocicletas al fabricante M, y este tendrá que pagar a D el valor de las mejoras si puede vender las motos sin dificultad y así realizar su valor.

¹²⁴ El art. III.-3:513 (1) DCFR contempla también, como reverso de las mejoras, el uso que del objeto hubiera hecho el obligado a restituir y la consiguiente obligación de pagar por ello.

El DCFR sí contempla la referida hipótesis en diversas normas, que establecen unas reglas bastante complejas. Para empezar, se regula separadamente el deterioro que se produce *antes de la resolución* y el que tiene lugar *después de resuelto* el contrato pero antes de la restitución del bien. En ambos casos, el obligado a restituir también lo está a pagar una compensación por cualquier disminución del valor del bien que sea resultado de un cambio en su condición [art. III.-3:512 (1) (b) y III.-3:514 (1) (b) DCFR]. Pero, además, hay algunas reglas específicamente aplicables al primer caso (deterioro *previo* a la resolución): en concreto, se prevé la reducción de la obligación de pagar el valor del bien en la medida en que la causa de que no pueda devolverse en las mismas condiciones en que se recibió sea el incumplimiento de una obligación de la otra parte [art. III.-3:512 (3) (a) DCFR] o una conducta propia del que debe restituirla llevada a cabo en la creencia, razonable pero errónea, de que no había no conformidad [art. III.-3:512 (4) DCFR].

Es evidente que el DCFR trata de arbitrar una solución justa para cada caso; la cuestión es si reglas tan casuísticas y prolijas como estas son las más adecuadas para resolver los problemas que se suscitan en la práctica. Por este motivo, me parece preferible contar con normas más simples, como las que se pueden deducir de la PMCC, que ya justifica la exoneración de responsabilidad por deterioros a favor de quien resuelve, cuando ha obrado de forma diligente. De otro lado, hay que pensar en que el remedio resolutorio es compatible con la indemnización de daños y perjuicios, en los términos que analizo más adelante¹²⁵.

5.6 La indemnización de daños en caso de resolución. Remisión

Por razones sistemáticas, desarrollo este tema en el último de los epígrafes dedicados al remedio indemnizatorio (*infra*, epígrafe 6.7.).

6. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

6.1 Pretensión indemnizatoria y demás remedios

La pretensión indemnizatoria es *compatible con los demás remedios* de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, de modo que este puede reclamar la reparación de los daños y, al mismo tiempo, hacer valer cualquier otra medida de protección con

¹²⁵ *Infra*, epígrafe 6.7.

que cuente; así lo establece el art. 1205.II PMCC¹²⁶ en concordancia con el art. 1190 PMCC, además de otros preceptos que regulan otros remedios en particular, como la reducción del precio (art. 1198 PMCC) o la resolución (art. 1202.II y III PMCC); en el mismo sentido se expresa el art. III.-3:102 DCFR en su segundo inciso¹²⁷.

Por otra parte, como se recordará, el hecho de *que la pretensión de cumplimiento no pueda ejercitarse no comporta la exclusión simultánea de la indemnizatoria*, sujeta a sus propias causas de exoneración¹²⁸; si no es viable obtener el cumplimiento específico y sí lo es exigir una indemnización, en el cálculo de esta deberá tomarse en cuenta la circunstancia de que el acreedor no haya recibido finalmente la prestación comprometida.

Finalmente, y a la inversa, el art. 1209.IV PMCC deja claro que *la exclusión de la pretensión indemnizatoria no comporta necesariamente la de los otros remedios* frente al incumplimiento¹²⁹; esto le permite al acreedor suspender la ejecución de su propia prestación en tanto el deudor no cumpla con la correspondiente, reducir el precio que debe pagar si el cumplimiento por parte del deudor no es conforme, resolver el contrato cuando el incumplimiento sea esencial o exigirle al deudor el cumplimiento en forma específica cuando cese el impedimento, aun cuando este sea de tales características que exima al deudor de tener que responder de los daños ocasionados. En cambio, de acuerdo con el art. III.-3:101 (2) DCFR, la excusabilidad del incumplimiento libera al deudor al mismo tiempo del deber de indemnizar y de la pretensión de cumplimiento¹³⁰.

6.2 Presupuestos de la pretensión indemnizatoria y exoneración del deber de indemnizar

La PMCC lleva a cabo una clarificación importante en esta materia; de todos es conocida la controversia acerca de cuál es el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad contractual (entendida aquí en su limitado sentido tradicional) en el marco del vigente CC, y la discusión acerca de si se trata de una responsabili-

¹²⁶ Que dice: «Este derecho [a ser resarcido de los daños y perjuicios] es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento».

¹²⁷ Según el cual: «*In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy*».

¹²⁸ Así, expresamente, el art. III.-3:303 DCFR. *Vid. supra*, número 1 del epígrafe 3.3.2.

¹²⁹ El art. 1209 PMCC cierra el régimen de las circunstancias que eximen al deudor de responsabilidad por daños y perjuicios estableciendo en su párrafo cuarto: «Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código».

¹³⁰ A este respecto me remito a lo ya expuesto *supra*, en el número 2 del epígrafe 3.3.2.

dad por culpa o de corte objetivo; la propia Exposición de Motivos de la PMCC (en su apartado VIII) se hace eco de ello y anticipa que, en el nuevo texto, «el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino... solo... cuando concurren las justas causas de exoneración»; sobre todo ello trato a continuación.

6.2.1 ENUMERACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS

1. Para que la pretensión indemnizatoria prospere es imprescindible, de acuerdo con la PMCC, que concurren al menos los siguientes requisitos:

a) Que del incumplimiento se hayan derivado daños para el acreedor (a quien incumbe probarlos); por tanto, debe mediar relación de causalidad, entendida en sentido material, entre el incumplimiento y los daños. Así se desprende del art. 1205.I PMCC: «El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento *le cause*» (énfasis añadido).

b) Que no concorra una causa de exoneración que determine la excusabilidad del incumplimiento del deudor (art. 1209.I PMCC).

2. Ambos requisitos resultan también del DCFR, según cuyo art. III.-3:701 (1): «*The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused*».

6.2.2 LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Ni en la PMCC ni en el DCFR se configura la culpa del deudor como presupuesto de su deber de indemnizar¹³¹. En la PMCC, el deudor no se exonera demostrando que no ha sido culpable, sino probando que concurren las circunstancias previstas al efecto por el art. 1209.I PMCC, según el cual: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2.º 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».

¹³¹ Así, por lo que respecta a la PMCC, ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», p. 21.

En mi opinión, hay que entender que para que haya exoneración es preciso que ambas circunstancias se den simultáneamente; el «mencionado impedimento» a que alude el apartado 2.º es el que ya reúne las notas que exige el apartado 1.º¹³². La primera de ellas coincide con la interpretación que algunos autores proponen del término «sucesos» del art. 1105 CC, en el sentido de «impedimentos ajenos al ámbito de control del deudor»¹³³; el deudor no puede exonerarse si el impedimento procede de su propia esfera de control por lo que, *aun sin culpa* (esto es, *objetivamente*), responde de las huelgas de sus empleados o de los de sus auxiliares, así como «del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma»¹³⁴; por lo demás, parece que si el impedimento queda fuera de la esfera de control del deudor, también será ajeno a su voluntad (como exige el art. 1209.I.1.º PMCC), pues no puede depender de él lo que queda más allá de su posible ámbito de influencia.

Junto con la circunstancia primera del art. 1209.I PMCC debe concurrir la segunda para que el deudor quede exonerado; así, es preciso que el deudor no tuviera el deber de prever el impedimento ajeno a su voluntad y a su esfera de control, ni el de evitarlo en sí o en sus consecuencias; tal deber puede derivar del contrato o de la buena fe o los usos (fuentes integradoras del contrato conforme al art. 1243 PMCC, trasunto del vigente art. 1258 CC); esto es, al deudor puede corresponderle conforme al contrato (o demás fuentes integradoras) asumir incluso los riesgos derivados de impedimentos ajenos a su esfera de control, en cuyo caso no quedaría exonerado del deber de indemnizar; así, como destaca Pantaleón, si se trata de un impedimento razonablemente previsible al tiempo de contratar, habrá que entender que el deudor lo asume¹³⁵; pensemos, *v. gr.*, en un contrato de viaje combinado que comprende la estancia en una zona en la

¹³² Así también ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», p. 11, XIOL RÍOS, «Criterios...», p. 7 y FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 42.

¹³³ Así, PANTALEÓN, «El sistema...», pp. 1064 y ss., y «Responsabilidad contractual», pp. 5922 y 5923; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 714 y 727, o GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», pp. 12 y 13; también, aplicándolo a la responsabilidad médica, GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», pp. 1732 a 1734 y 1744.

¹³⁴ Palabras de PANTALEÓN («Responsabilidad contractual», p. 5923) a propósito del art. 1105 CC, que resultan perfectamente aplicables en el marco del art. 1209.I PMCC; más detalles al respecto, en pp. 5923 y 5924 de su trabajo.

¹³⁵ Esto es, hay que contar con que «personas razonables en la situación de las partes habrían entendido, salvo inmediata protesta del deudor, que el riesgo del acaecimiento de dicho suceso quedaba a cargo de éste» (PANTALEÓN, «Responsabilidad contractual», p. 5923).

que es previsible que haya huracanes en la fecha acordada para la ejecución del viaje; si luego resulta que efectivamente un huracán impide cumplir el contrato al organizador del viaje, éste no podrá exonerarse, lo que se explica porque el suceso, aun ajeno a su voluntad y a su esfera de control, era previsible al contratar, de modo que lo asumió implícitamente al celebrar pese a todo el contrato con el consumidor. Pantaleón alude en este sentido al «riesgo implícitamente asumido al contratar», junto con la «esfera de control del deudor» como criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor en el marco del art. 1105 CC¹³⁶; a mi modo de ver, ambos se encuentran consagrados en el art. 1209.I PMCC.

2. Muy similar es la regulación del DCFR en este punto. Como resulta del art. III.-3:701 (1) DCFR¹³⁷, el acreedor no dispone del remedio indemnizatorio si el incumplimiento del deudor es *excusable*. Este concepto es concretado en los dos primeros párrafos del art. III.-3:104 DCFR, en los siguientes términos: «(1) *A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.*

(2) *Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.*

Del mismo modo que en la PMCC, el deudor queda exonerado cuando el incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su esfera de control, imprevisible al tiempo de contratar e inevitable en sí mismo o en sus consecuencias.

3. El impedimento al cumplimiento puede ser temporal o permanente. Cuando es *temporal*, el efecto exoneratorio solo opera mientras dure el impedimento; así lo establece tanto el art. 1209.II PMCC como el art. III.-3:104 (3) DCFR¹³⁸.

El art. III.-3:104 (4) DCFR añade algo para el caso de que el impedimento sea *permanente*: «*Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in*

¹³⁶ «Responsabilidad contractual», p. 5923, y «Las nuevas bases...», p. 1740.

¹³⁷ Transcrito al final del epígrafe 6.2.1.

¹³⁸ Art. 1209.II PMCC: «La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento».

Art. III.-3:104 (3): «*Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations». Esta regla da por extinguida automáticamente tanto la obligación del deudor como la que, en caso de tratarse de una relación sinalagmática, incumbiese al acreedor; los efectos restitutorios de tal extinción se someten a las reglas previstas para la resolución con las debidas adaptaciones. Acerca de la conexión existente entre este precepto y el art. III.-3:502 (2) (a) DCFR (incumplimiento esencial), y el contraste entre esta regulación y la de la PMCC, me remito a lo ya expuesto más arriba¹³⁹.

4. Tanto la PMCC como el DCFR imponen al deudor que conozca el impedimento el *deber de comunicárselo* al acreedor lo antes posible, siendo responsable en otro caso de los daños que puedan derivarse de su omisión. Así, el art. 1209.III PMCC dispone: «El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo». El art. III.-3:104 (5) DCFR, por su parte, preceptúa: «*The debtor has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice*». La principal diferencia –no muy significativa– se centra en la fijación del tiempo en que el deudor debe informar al acreedor: «sin demora» en la PMCC, y dentro de un plazo razonable después de que el deudor conociera las circunstancias o pudiera razonablemente esperarse que las conociera, en el DCFR.

6.2.3 LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE COSA DETERMINADA PROCEDENTE DE DELITO O FALTA

El art. 1210 PMCC recoge la regla del art. 1185 CC, estableciendo en este caso la subsistencia del deber del deudor de reparar el daño con independencia de cuál sea la causa de la pérdida de la cosa, y con la única salvedad prevista en su inciso final: «Cuando la deuda fuese de cosa cierta y determinada y procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla».

En el DCFR no hay regla similar.

¹³⁹ Vid. *supra*, epígrafe 5.2.1.

6.3 Los daños resarcibles

1. La PMCC no introduce en este punto grandes cambios respecto de lo dispuesto por el CC. El art. 1207 PMCC dispone: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

El primer párrafo reproduce en buena medida el vigente art. 1106 CC, a excepción de su salvedad final, mientras que el párrafo tercero copia el art. 1108 CC, del que solo se diferencia por suprimir la referencia a la mora del deudor.

Se mantiene, por tanto, que el daño resarcible abarca el *daño emergente* y el *lucro cesante* (art. 1207.I PMCC). Tratándose de un incumplimiento contractual, hay que asegurar al acreedor la indemnización del llamado *interés positivo* o interés en la ejecución del contrato¹⁴⁰, con lo que, en palabras de Díez-Picazo, se pretende colocarle «en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado»¹⁴¹. La PMCC añade, además, una regla para la estimación del lucro cesante (art. 1207.II PMCC), regla que parece responder a la opinión sostenida por Díez-Picazo¹⁴² en el sentido de que «entre la ganancia posible pero contingente y la ganancia segura pueden aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos».

La PMCC solo se refiere a daños patrimoniales, omitiendo cualquier alusión al *daño moral* como posible partida indemnizable. El dato es llamativo, habida cuenta que el TS –no digamos ya las Audiencias Provinciales– lleva tiempo admitiendo la resarcibilidad de los daños morales derivados del incumplimiento contractual¹⁴³. También lo admite el DCFR, como veremos en seguida.

¹⁴⁰ Idea esta comúnmente admitida hoy por nuestra doctrina: *vid.*, por todos, GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 20 y nota 33, con cita de otros autores en este sentido.

¹⁴¹ *Fundamentos*, II, pp. 787 y 788.

¹⁴² *Fundamentos*, II, p. 792.

¹⁴³ Uno de los ámbitos en que se ha venido reconociendo más frecuentemente en los últimos años es el del contrato de viaje combinado: *vid.* al respecto GÓMEZ CALLE, «Comentario al art. 162 TR-LGDCU», pp. 1391 a 1394.

También FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 43, nota 76, repara en este silencio de la PMCC y observa que «puede interpretarse como una omisión consciente».

2. La regulación del DCFR difiere en algunos aspectos de la de la PMCC en la materia que estamos analizando; en general es más detallada y, además, expresamente declara indemnizable tanto el daño no patrimonial como el daño futuro. Su mayor grado de detalle se aprecia, por ejemplo, en el art. III.-3:702 DCFR, que coincide básicamente con el art. 1207.I PMCC en la medida en que establece la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, pero después de dejar claro que con ella se trata de cubrir el interés positivo¹⁴⁴. Por otra parte, el art. III.-3:701 (3) especifica las partidas del daño a indemnizar, sea patrimonial (pérdida de ingresos o beneficios, cargas asumidas, reducción del valor de la propiedad) o no patrimonial (que, según el precepto, incluye el dolor, el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida)¹⁴⁵. Finalmente, al daño futuro alude el art. III.-3:701 (2) en los siguientes términos: «*The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur*»; los autores del DCFR apuntan que daño futuro es el que se espera que se produzca después de haberse cuantificado la indemnización, lo que obliga al juez a valorar dos aspectos inciertos: la probabilidad de que ocurra y su cuantía; se entiende que comprende tanto los gastos que haya que realizar en el futuro como las ganancias con las que el acreedor razonablemente habría podido contar si el incumplimiento no hubiera tenido lugar; el daño futuro, se añade, con frecuencia toma la forma de la pérdida de una oportunidad¹⁴⁶; con ello da la impresión de que el llamado daño futuro se solapa en parte con el lucro cesante.

3. Conviene ahora que nos centremos en la regulación del daño indemnizable por incumplimiento de una *obligación pecuniaria*. Como veíamos, el art. 1207.III PMCC es del mismo tenor que el vigente art. 1108 CC, salvo por la supresión de la referencia a la mora del deudor; esto no cambia el sentido de la regla, que es aplicable cuando el obligado a pagar un dinero no lo hace; entonces, de acuerdo con el art. 1192.I PMCC, el acreedor siempre podrá exigirle el cumplimiento, pero mientras el deudor se retrase estará ocasionando un daño al acreedor, al que priva de la posibilidad de disponer y disfrutar de una cantidad de dinero.

¹⁴⁴ Art. III.-3:702: «*The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*».

¹⁴⁵ Art. III.-3:701: «(3) “Loss” includes economic and non-economic loss. “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».

¹⁴⁶ *Principles*, I, p. 918.

El art. 1108 CC ha provocado la duda de si establece una indemnización fija o tasada a favor del acreedor de una obligación pecuniaria (el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, siempre que las partes no hubieran acordado otra cosa), a cambio de la ventaja que supone para él no tener que acreditar el daño y su cuantía, o si, por el contrario, fija una mera indemnización de mínimos que no impide al acreedor reclamar una reparación mayor cuando demuestre un daño superior¹⁴⁷; el art. 1207.III PMCC suscitaría la misma duda que el art. 1108 CC. Sin embargo, el artículo 1206 PMCC resuelve la cuestión admitiendo que el acreedor pueda probar haber sufrido un daño mayor a los consiguientes efectos indemnizatorios; en este sentido, establece: «El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, *salvo que pruebe que el daño sea mayor*» (énfasis añadido). Además, el art. 1206 PMCC prevé que el pago del interés pactado o, en su defecto, del interés legal, pueda verse desplazado, no solo por lo que las partes hubieran acordado en el contrato (el título constitutivo de la obligación) sino también por la ley. A la vista de estas diferencias entre los arts. 1206 y 1207.III PMCC, resulta sorprendente, en mi opinión, que se haya optado por mantener ambos preceptos en lugar de establecerse únicamente la primera regla.

4. Por su parte, el DCFR también reconoce el derecho del acreedor a obtener un interés cuando el deudor se retrasa en el pago; el art. III.-3:708, que establece el régimen general al respecto¹⁴⁸, fija la cuota de ese interés en su párrafo (1), en los siguientes términos: «*If payment of a sum of money is delayed, whether or not the non-performance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due*». Se entiende que las partes son libres de pactar otro interés¹⁴⁹. Asimismo se entiende que el remedio del acreedor no está limitado por el interés, de modo que puede reclamar la indemnización de cualquier daño que vaya más allá; así, el

¹⁴⁷ Vid. a este respecto DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 677 y 678, quien se inclina por la segunda interpretación.

¹⁴⁸ Los arts. III.-3:710 y III.-3:711 DCFR contienen reglas especiales referidas a los contratos comerciales, para el caso de que sea una empresa quien se retrasa en el pago del precio debido por el suministro de mercancías, otros activos o servicios.

¹⁴⁹ *Principles*, I, p. 945.

art. III.-3:708 (2) DCFR dispone: «*The creditor may in addition recover damages for any further loss*».

A diferencia de la PMCC, que no contiene una regla como la del art. 1109 CC, el DCFR sí ha previsto el anatocismo en el art. III.-3:709 (1) DCFR, según el cual el interés a pagar conforme al artículo anterior se debe sumar al capital pendiente cada doce meses; esta regla no se aplica cuando las partes hubieran fijado un interés para el caso de retraso, lo que significa que el anatocismo se aplica a los intereses legales, mas no a los convencionales –art. III.-3:709 (2) DCFR-¹⁵⁰.

6.4 La extensión del daño indemnizable

1. Supuesto que concurren los presupuestos precisos para que el deudor tenga que indemnizar al acreedor el daño derivado de su incumplimiento, aún es preciso concretar algo más acerca de la extensión de los daños que debe reparar. La cuestión se regula en el art. 1208 PMCC, que establece: «El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato».

El art. 1208 PMCC resuelve varios de los problemas interpretativos que ha provocado su referente en el CC vigente, el art. 1107 CC; así, en vez de hablar del «deudor de buena fe», se alude al incumplimiento no doloso, con lo que se evitan los problemas que suscita referirse al deudor negligente como un deudor de buena fe; y, además, se sustituye la referencia a «todos los daños que conocidamente se deriven» del incumplimiento en caso de dolo, por la que se hace a los daños «objetivamente imputables» al incumplimiento, criterio éste que permite delimitar mejor el alcance de los daños resarcibles.

Sin embargo, el art. 1208 PMCC también genera algunas dudas. Yo me voy a centrar en su alusión a la imputación objetiva, ya que, a mi modo de ver, tal y como está redactado el precepto, se presta a discutir si la imputación objetiva es aplicable a todo deudor o solo al deudor doloso. Trataré de explicarme.

¹⁵⁰ Art. III.-3:709: «*When interest to be added to capital*
(1) *Interest payable according to the preceding Article is added to the outstanding capital every 12 months.*
(2) *Paragraph (1) of this Article does not apply if the parties have provided for interest upon delay in payment».*

La referencia expresa a la imputación objetiva en el art. 1208 PMCC es una importante novedad en nuestro Derecho; se trata de una noción que, pese a silenciarse en el CC, ha penetrado de forma notable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de la mano de la jurisprudencia, a raíz sobre todo de un conocido trabajo de Pantaleón¹⁵¹. Este profesor destaca la necesidad de distinguir entre causalidad e imputación objetiva; así, los problemas de causalidad se concretan en determinar si hay o no relación de causa a efecto entre una conducta y unos daños; se trata de una cuestión de hecho a dilucidar conforme a las reglas de la lógica y las ciencias naturales y que, por tanto, puede resolverse con la conocida teoría de la equivalencia de las condiciones; en cambio, la imputación objetiva es una cuestión de Derecho: se trata de «determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo»¹⁵². Su aplicación a la pretensión indemnizatoria contractual debería llevar a tomar en cuenta los criterios de imputación objetiva ya apuntados por la doctrina y aplicados por el Supremo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana: el criterio de la adecuación, el del riesgo general de la vida, el del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, el de la prohibición de regreso, el de la provocación, el del incremento del riesgo y el de la competencia de la víctima¹⁵³.

La aplicación de tales criterios a los daños contractuales ya había sido preconizada por Díez-Picazo antes de la publicación de la PMCC¹⁵⁴; así, tras apuntar que el art. 1107 CC parece establecer dos sistemas de causalidad diferentes (una estricta para el «deudor de buena fe», y otra más amplia para el caso de dolo), aclara que en cualquier caso es preciso que los daños estén enlazados causalmente con la conducta del deudor incumplidor; entonces añade: «En nuestra opinión, los problemas de la relación de causalidad en los daños contractuales se rigen, en línea de principio, por las mismas reglas que se establecen en materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Esto significa, en el momento actual, aplicar los llamados criterios de imputación objetiva de acuerdo con los parámetros que hoy resultan conocidos...»¹⁵⁵; después presenta esos criterios, que son los que he mencionado unas líneas atrás. De este modo, Díez-Picazo considera aplicables los criterios de imputación

¹⁵¹ «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», cuyo contenido se sintetiza en el «Comentario del art. 1902» del mismo autor.

¹⁵² PANTALEÓN, «Comentario del art. 1902», pp. 1981 y 1982 [p. 1982].

¹⁵³ Sobre estos criterios, *vid.* PANTALEÓN, «Comentario del art. 1902», pp. 1985 a 1988, y DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 346 y ss., entre otros.

¹⁵⁴ *Vid.* *Fundamentos*, II, pp. 784 a 786.

¹⁵⁵ *Fundamentos*, II, pp. 784 y 785.

tación objetiva a todo deudor, tanto el doloso como el no doloso; por ello, cuando se refiere a la responsabilidad del deudor no doloso, advierte que el hecho de que los daños fueran previstos o previsibles en el momento de contratar no significa que la responsabilidad se extienda necesariamente a ellos, «pues habrá que aplicar en todo caso los criterios de imputación objetiva anteriormente mencionados»¹⁵⁶.

Si volvemos ahora al art. 1208 PMCC, su primer inciso podría interpretarse precisamente en este sentido: «[e]l deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento» puede querer decir que la imputación objetiva delimita la extensión del daño a resarcir en todo caso, sea o no doloso el deudor; eso sí, al deudor no doloso (negligente o no) habría que aplicarle, además, un segundo límite, el establecido en el inciso segundo del precepto: solo responde de los daños previstos o que hubiesen podido preverse razonablemente como consecuencia probable del incumplimiento al tiempo de contratar; esto es, el deudor no doloso solo respondería de los daños que, además de ser objetivamente imputables a su incumplimiento, fueran previsibles al contratar. Conforme a esta lectura del precepto, la determinación de la extensión del daño a resarcir por el deudor no doloso exigiría hacer dos juicios de previsibilidad, habida cuenta que uno de los criterios de imputación objetiva, el criterio de la adecuación, ya comporta una valoración de este tipo. Efectivamente, de acuerdo con el criterio de la adecuación, «[n]o puede imputarse objetivamente al deudor un concreto hecho dañoso cuando la producción del evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión *ex ante*»¹⁵⁷; si conforme a esta valoración –que va referida al momento del incumplimiento y no al de la celebración del contrato– hubiera que considerar el daño objetivamente imputable al incumplimiento (supuesto, además, que esto no quedara excluido por ningún otro de los criterios de imputación objetiva) y, además, se tratara de un daño previsible al tiempo de contratar, debería ser reparado por el deudor no doloso.

Esta es una posible interpretación del art. 1208 PMCC, pero no es la única. También cabe entender que cada uno de los incisos del precepto se refiere a un supuesto distinto¹⁵⁸: como el segundo inci-

¹⁵⁶ *Fundamentos*, II, p. 787.

¹⁵⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 786.

¹⁵⁸ La tesis que paso a exponer en el texto es la que defendió el profesor MORALES MORENO en su conferencia sobre «La indemnización por incumplimiento del contrato en la Propuesta de Modernización del Código Civil español», pronunciada en el Seminario

so contempla expresamente al deudor no doloso (negligente o no), el primero se referiría al otro caso posible, el del deudor doloso (y solo a él); consecuentemente, el *quantum* indemnizatorio se delimitaría de forma distinta en cada caso: en el del deudor no doloso, conforme al juicio de previsibilidad al tiempo de contratar (únicamente), pues este juicio sirve para delimitar de modo suficiente y adecuado la extensión de los daños a indemnizar por quien no obra dolosamente; en el del deudor doloso, conforme a los criterios de imputación objetiva. El deudor no doloso únicamente respondería de los daños que al tiempo de contratar pudieran preverse razonablemente como consecuencia probable del incumplimiento¹⁵⁹; el deudor doloso, por su parte, respondería de todos los daños derivados de su incumplimiento, aun los no previsibles al contratar, siempre que fueran objetivamente imputables a él¹⁶⁰.

La diferencia entre las dos interpretaciones expuestas se centra, en definitiva, en si los criterios de imputación objetiva resultan o no aplicables al deudor no doloso. En mi opinión, sería conveniente aclarar este aspecto del art. 1208 PMCC si es que algún día la PMCC sirve de base a una reforma del CC.

2. El DCFR regula la cuestión que estamos analizando en el art. III.-3:703 (Foreseeability), que es del siguiente tenor: «*The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*».

El precepto omite cualquier referencia a la imputación objetiva¹⁶¹, y se limita a servirse del criterio de la previsibilidad (en términos bastante parecidos a los del segundo inciso del art. 1208 PMCC); así, se parte de que este es el criterio a utilizar para determinar el alcance del deber de indemnizar del deudor, salvo en los casos de incumplimiento doloso o gravemente negligente; de ello resulta que el deudor no doloso ni gravemente negligente responde solo de los daños previsibles, mientras que el doloso o gravemente negligente responde de los daños causados por el incumplimiento aunque no sean previsibles.

sobre *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el día 28 de octubre de 2011. Agradezco al profesor Morales sus valiosas reflexiones sobre este tema en conversaciones sostenidas más allá del marco de este Seminario.

¹⁵⁹ Compárese con el art. 1107.I CC.

¹⁶⁰ Compárese con el art. 1107.II CC.

¹⁶¹ Como vimos, la necesidad de que medie relación causal entre daños e incumplimiento deriva del art. III.-3:701 (1) DCFR.

Para ilustrar la diferente medida en que debe reparar el daño el deudor doloso y el que no lo es, los autores del DCFR se sirven del siguiente ejemplo¹⁶²: La compañía S vende a B un compuesto para alimentar a sus cerdos. B no informa a S del tipo de cerdos para el que requiere la comida. Por negligencia, S le suministra una partida del compuesto que contiene una toxina que se sabe causa malestar a los animales, pero no daños serios. Sin embargo, como los cerdos de B son de una raza inusual, especialmente sensible a la toxina, muchos de ellos mueren tras haber ingerido el compuesto. S no respondería de los daños derivados de esa muerte porque eran imprevisibles al contratar. Esto cambiaría si hubiera actuado de manera dolosa (o gravemente negligente).

6.5 El deber del acreedor de mitigar el daño

Este deber aparece contemplado tanto en la PMCC como en el DCFR, en términos similares.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, hay que valorar positivamente su explícita consagración en la PMCC, por mucho que ya ahora, y a pesar del silencio del CC, se admita su vigencia¹⁶³. Así, el art. 1211 PMCC dispone: «No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas». Y, parecidamente, el art. III.-3:705 DCFR establece lo siguiente: «(1) *The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.*

(2) *The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.*».

Al comentar este último artículo, los autores del DCFR apuntan¹⁶⁴ que el acreedor falta a su deber de mitigar los daños si incurrir en gastos innecesarios o irracionales, u omite dar pasos razonables para reducir el daño (*v. gr.*, rechaza la posibilidad que se le ofrece de alquilar un vehículo en otra compañía distinta de aquella con la que inicialmente lo contrató y que no puede procurárselo, quedándose así sin las vacaciones proyectadas; la indemnización debe limitarse al daño sufrido por el acreedor si hubiera actuado

¹⁶² *Principles*, I, p. 930.

¹⁶³ Observa Díez-PICAZO (*Fundamentos*, II, pp. 783 y 784) que el deber de mitigar los daños deriva de la buena fe; además, apunta, su incumplimiento rompe la relación de causalidad, «pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor».

¹⁶⁴ *Principles*, I, pp. 935 y 936.

razonablemente, aceptando la sustitución del vehículo: esto es, a la diferencia de costes entre los dos transportes y la compensación por las molestias derivadas del cambio).

El canon de lo que puede considerarse exigible al acreedor a los efectos que aquí interesan viene determinado en el art. 1211 PMCC por la *buena fe*, mientras que el art. III.-3:705 DCFR se orienta por lo que resulte *razonable*, lo que deberá valorarse en consideración a las circunstancias del supuesto concreto; en cualquier caso, como sabemos, la exigencia de buena fe y lealtad preside el ejercicio de todos los remedios frente al incumplimiento previstos por el DCFR (art. III.-1:103 DCFR).

Por último, ambas normas extienden la indemnización debida por el deudor a los gastos *razonables* hechos por el acreedor con el propósito de mitigar los daños; la PMCC explicita además que ello es así aun cuando esos gastos resulten infructuosos.

6.6 Los pactos sobre el deber de indemnizar

1. El artículo 1212 PMCC dispone lo siguiente: «Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título.

Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo».

Mientras que el párrafo segundo del citado precepto puede considerarse una reformulación del vigente art. 1102 CC, la regla del párrafo primero no se encuentra en el CC; la misma deja un amplio margen a la autonomía privada, permitiendo a las partes que regulen el deber indemnizatorio del deudor como estimen procedente, y de acuerdo con los arts. 1146 a 1152 PMCC; estos artículos conforman el Capítulo al que remite el art. 1212.I y regulan las cláusulas penales. En el CC también se desarrolla la cláusula penal (arts. 1152 a 1155 CC), pero, como decía, no se resuelve en términos generales, y más allá de lo dispuesto por el art. 1102 CC, la cuestión de si las partes pueden alterar por pacto el régimen legal del deber del deudor de indemnizar. Este silencio ha llevado a la doctrina a tratar de resolver el problema, distinguiendo según el tipo de pacto (de exoneración, de limitación o de agravación de la responsabilidad)¹⁶⁵.

La PMCC, al permitir a las partes «ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que esti-

¹⁶⁵ Vid. al respecto Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 753 a 757.

men precedente», *tolera en términos generales las cláusulas de agravación, limitación y exoneración*; con una excepción y con un matiz.

La excepción es la prevista en el art. 1212.II PMCC: son nulas –y, por tanto, habrá que tener por no puestas– las que limiten o eximan de responsabilidad en caso de dolo; la fórmula del art. 1212.II PMCC es preferible a la del vigente art. 1102 CC, que ha obligado a la doctrina a destacar que no es solo nula la cláusula de «renuncia» a la acción para hacer valer la responsabilidad procedente de dolo, sino cualquier otra que exonere al deudor de esta responsabilidad¹⁶⁶; además, conforme al art. 1212.II PMCC queda claro que son nulas no solo las cláusulas exoneratorias sino también las limitativas.

El matiz al que antes me refería es que, cuando las partes pactan una cláusula penal, el pacto queda sujeto al régimen jurídico de estas, que se encuentra en los arts. 1146 a 1152 PMCC, a los que remite el art. 1212.I PMCC. En efecto, la ampliación y la reducción del deber de indemnizar puede llevarse a cabo mediante una cláusula penal que determine convencionalmente el importe de la indemnización a satisfacer en caso de incumplimiento, con independencia de cuál sea la efectiva cuantía del daño; así, cuando los daños reales sean menores que la indemnización pactada, la cláusula ampliará el deber de indemnizar; y cuando los daños sean mayores, la cláusula lo reducirá¹⁶⁷. Cuando las partes pactan una cantidad que, en vez de sustituir a la indemnización, debe sumarse a ella¹⁶⁸, estaremos igualmente ante un pacto de ampliación del deber de indemnizar. En la aplicación de estas cláusulas hay que tener en cuenta los límites específicamente previstos al efecto en normas como las de los arts. 1148.II («[l]a aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor») o 1150 PMCC (según el cual «[e]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 755.

¹⁶⁷ El art. 1147 PMCC dispone que «[l]a fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes».

¹⁶⁸ Así lo permite el artículo 1146.I PMCC, según el cual «[l]a prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado solo carácter penal».

¹⁶⁹ El art. 1150 PMCC impone la modificación de la pena en casos en que la misma quedaría excluida conforme a la jurisprudencia que parece haberse ido imponiendo a propósito del vigente art. 1154 CC; así, cuando la cláusula penal contempla un determinado tipo de incumplimiento (parcial, defectuoso, tardío...) y es ese el que se produce, el TS ha

2. El DCFR no incluye entre las normas que regulan el remedio indemnizatorio más que un par de reglas relativas a las cláusulas penales, situadas en el art. III.-3:712. Así, el párrafo (1) de este artículo contempla el pacto por el que las partes cuantifican anticipadamente la indemnización debida en caso de incumplimiento, y atribuye al acreedor el derecho a reclamar esa cantidad con independencia de cuál sea el daño real. El párrafo (2) matiza lo anterior y, en línea parecida al art. 1150 PMCC, admite la moderación judicial de la cantidad pactada cuando la misma resulte indecentemente excesiva en relación con el daño derivado del incumplimiento o las demás circunstancias¹⁷⁰.

Las reglas de carácter más general aplicables a los pactos sobre el deber de indemnizar se sitúan fuera de la sección dedicada a la indemnización, en la sección primera del Capítulo 3 del Libro III del DCFR, art. III.-3:105; su ubicación sistemática en ese lugar se explica porque el citado precepto, en su párrafo (2), alude en general a los pactos que excluyen o limitan los remedios frente al incumplimiento, y aunque lo más habitual es que esos pactos se refieran a la indemnización del daño, nada impide que puedan afectar a otro remedio distinto¹⁷¹. Así, el art. III.-3:105 dispone: «*Term excluding or restricting remedies*

(1) *A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void.*

(2) *A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so».*

El artículo transcrito solo contempla las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (no las de agravación), y las somete a dos límites: son nulas las referidas a daños personales causados de forma intencional o gravemente negligente; y no pue-

venido afirmando últimamente que no cabe moderación de la pena, solo admisible cuando, habiéndose pactado la cláusula para un incumplimiento total, este hubiera sido solo parcial (vid. a este respecto GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 29).

¹⁷⁰ Art. III.-3:712 DCFR: «*Stipulated payment for non-performance*

(1) *Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss.*

(2) *However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances».*

¹⁷¹ *Principles*, I, p. 794.

den ser invocadas cuando, pese a ser válidas en sí mismas, ello resulte contrario a la buena fe y la honestidad. El primer límite coincide parcialmente con lo previsto en el art. 1212.II PMCC; el segundo habría de justificarse en nuestro Derecho con base en lo dispuesto por el art. 7 CC.

6.7 La indemnización de daños en caso de resolución

Como sabemos, tanto la PMCC como el DCFR reconocen la compatibilidad entre el remedio resolutorio y el indemnizatorio. En nuestro Derecho ello no supone una novedad, pues ya lo admite el art. 1124.II CC. La cuestión es establecer si lo que debe determinar la medida de la indemnización cuando se resuelve un contrato es el interés positivo o el interés negativo o de confianza.

Si se parte de que la resolución no extingue retroactivamente el contrato (en el sentido explicado más arriba), lo coherente con ello es sostener que la medida de la indemnización debe venir dada por el interés contractual positivo¹⁷². No se trata de colocar a quien resuelve en la posición patrimonial en que se hallaría de no haber contratado (interés negativo), pues lo cierto es que ha celebrado un contrato perfectamente válido, y que el mismo ha sido incumplido por la contraparte. No hay razón, por tanto, para privarle de las ventajas que ese contrato le habría reportado de haber sido debidamente cumplido; de ahí que la indemnización deba extenderse al interés positivo.

El art. 1202.II PMCC permite llegar a esta conclusión cuando establece que «[r]esuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes»¹⁷³. Los daños y perjuicios *causados por el incumplimiento* es lo que hay que reparar, tanto conforme al art. 1202.II PMCC, como de acuerdo con los artículos a los que el precepto remite; recordemos que, como decía más arriba¹⁷⁴, cuando se trata de un incumplimiento contractual, es preciso asegurar al acreedor la indemnización del interés positivo o interés en la ejecución del contrato.

Por otra parte, en su párrafo tercero, el art. 1202 PMCC dispone: «Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraí-

¹⁷² Vid. al respecto PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», p. 1734. También, sobre este y los demás argumentos que se apuntan a continuación, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», pp. 14 y 15.

¹⁷³ Así, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», pp. 13 y 14, y FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 41.

¹⁷⁴ *Supra*, número 1 del epígrafe 6.3.

das en consideración al contrato resuelto»; con ello se establece a favor del que resuelve, lo que, en términos de Pantaleón¹⁷⁵, constituye «una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo». Por eso mismo, me parece acertada la interpretación de Clemente Meoro¹⁷⁶ en el sentido de que no solo el detrimento sino también los gastos a que alude el art. 1202.III PMCC deben tener su origen en las obligaciones contraídas con vistas al contrato resuelto: se trata de los gastos hechos en consideración a la ejecución del contrato (*v. gr.*, el coste del sistema de seguridad instalado en el local donde se proyectaba depositar la valiosa mercancía que se iba a adquirir mediante la compraventa finalmente resuelta), no de los ocasionados por su celebración (costes de formalización, etc.), que conforman el interés contractual negativo. En cuanto al detrimento «por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto», podríamos pensar, por ejemplo, en las sanciones económicas que tuviera que afrontar el contratante que resuelve, por no poder cumplir los compromisos que había asumido frente a terceros sobre la base de que iba a adquirir el bien objeto del contrato que queda finalmente resuelto por incumplimiento del vendedor. Clemente Meoro¹⁷⁷ también estima incluidos en el art. 1202.III PMCC los gastos y detrimentos de un negocio de reemplazo; sin embargo, literalmente el precepto se presta a ser interpretado en el sentido de que únicamente alude a las obligaciones que se contraen antes de que el contrato sea resuelto, y pensando precisamente en su buen fin (obligaciones contraídas en consideración al contrato *que finalmente es resuelto*), y no tanto a las obligaciones que se contraen después de la resolución por virtud de un negocio destinado a reemplazarlo. En cualquier caso, el sobreprecio que deba pagar quien resuelve al tener que celebrar un negocio sustitutivo sería indemnizable, en virtud del art. 1202.II PMCC, como daño derivado del incumplimiento y componente del interés positivo. Lo mismo cabría decir si quien resuelve prescinde de dicho sustitutivo, pero resulta que, al tiempo de la resolución, el valor de la prestación que habría debido recibir es superior al que tenía cuando el contrato se celebró¹⁷⁸.

¹⁷⁵ «Las nuevas bases...», p. 1735.

¹⁷⁶ «La resolución...», p. 15.

¹⁷⁷ «La resolución...», p. 15.

¹⁷⁸ Para Díez-PICAZO (*Fundamentos*, II, p. 876), es indiscutible que el valor del interés positivo ha de centrarse en la diferencia entre esos valores.

El DCFR explicita estas reglas en los arts. III.-3:706 (para la hipótesis de negocio de reemplazo)¹⁷⁹ y III.-3:707 (para el caso en que el acreedor no celebra tal negocio, pero existe la diferencia de valores a la que acabo de aludir)¹⁸⁰. Ambos preceptos se sitúan en la sección dedicada al remedio indemnizatorio; en la que regula la resolución, el art. III.-3:509 (3) DCFR se limita a establecer que el acreedor tiene derecho a que se le indemnice por el incumplimiento consumado y, también, por el de las obligaciones del deudor que quedaron extinguidas a consecuencia de la resolución¹⁸¹.

IV. VALORACIÓN FINAL

1. En términos generales, hay que concluir que la regulación que hace la PMCC de los remedios ante el incumplimiento contractual cumple satisfactoriamente con el objetivo de modernizar esta parte tan importante del Derecho de obligaciones y contratos, en línea con los textos jurídicos internacionales más recientes existentes en la materia. La PMCC resuelve muchas de las cuestiones más controvertidas en este ámbito con reglas que por lo general resultan claras y precisas. Ello no obstante, creo que hay algunas normas que precisarían de cierta reforma, y también que convendría considerar la introducción de algunas reglas que la PMCC

¹⁷⁹ Art. III.-3:706 DCFR: «*Substitute transaction*

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss».

¹⁸⁰ Art. III.-3:707 DCFR: «*Current price*

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination as well as damages for any further loss».

¹⁸¹ Art. III.-3:509 (3) DCFR: «*A creditor who terminates under this Section retains existing rights to damages or a stipulated payment for non-performance and in addition has the same right to damages or a stipulated payment for non-performance as the creditor would have had if there had been non-performance of the now extinguished obligations of the debtor. In relation to such extinguished obligations the creditor is not regarded as having caused or contributed to the loss merely by exercising the right to terminate».*

El supuesto se explica con este ejemplo (*Principles*, I, p. 889): un contratista es culpable de unos retrasos y una incompetencia tan repetidos y serios, que la otra parte, convenida de que nunca completará el trabajo satisfactoriamente, resuelve el contrato; esta decisión es avalada judicialmente. El comitente tiene derecho a que se le indemnice el daño derivado, no solo del incumplimiento pasado, sino también del incumplimiento del resto de las obligaciones contractuales. El contratista no puede argüir en contra que la resolución del contrato le impidió seguir cumpliendo.

omite. Resumo a continuación las cuestiones que, en mi opinión, resultan más significativas.

2. Entre los *aspectos que podrían mejorarse*, cabría mencionar los siguientes:

a) El art. 1191 PMCC debería permitir suspender la ejecución de la propia prestación, no solo a quien debe cumplir al mismo tiempo o después que la otra parte, sino también a quien tiene que hacerlo *en primer lugar*, cuando se dé la hipótesis de incumplimiento anticipado; todo ello, en términos similares a los del art. III.-3:401 DCFR y en línea con lo que ya disponen preceptos como los arts. 1467 y 1502 CC.

b) La circunstancia prevista en el art. 1192.II.4.º PMCC (carácter personal de la prestación) para excluir la pretensión de cumplimiento está redactada en unos términos excesivamente amplios, que deberían acotarse mejor; el art. III.-3:302 (3) (c) DCFR podría utilizarse como modelo.

c) En el art. 1194 PMCC, podría precisarse algo más el significado del adverbio «oportunamente», a los efectos de determinar cuándo el acreedor que pretende el cumplimiento en primer lugar, puede desistir de ello para hacer valer otro remedio.

d) Convendría aclarar si la resolución por incumplimiento cabe o no únicamente respecto de los contratos sinalagmáticos.

e) En mi opinión, no estaría de más redactar de modo más claro el art. 1201 PMCC, teniendo en cuenta las distintas vías por las que el acreedor puede quedar facultado para resolver un contrato.

f) A la vista de que los arts. 1206 y 1207.III PMCC son reiterativos salvo por algunas precisiones que el primero de ellos añade respecto de lo establecido por el segundo, sería aconsejable suprimir el art. 1207.III PMCC.

g) En relación con el art. 1208 PMCC, es preciso aclarar si la imputación objetiva, como criterio delimitador de la extensión del daño resarcible, es aplicable solo al deudor doloso o también lo es al deudor no doloso.

3. En cuanto a posibles *novedades a introducir* en la regulación, podrían apuntarse las siguientes:

a) Debería sopesarse la conveniencia de introducir una regla similar a la del art. III.-3:301 DCFR (2), que excluya la pretensión de cumplimiento de las obligaciones dinerarias cuando, tratándose de una relación sinalagmática, se den las circunstancias siguientes: que el acreedor del dinero aún no haya cumplido con su parte, que resulte evidente que el deudor ya no tiene interés en la prestación por la que tendría que pagar, y que el acreedor pueda realizar una opera-

ción de reemplazo sin esfuerzos o gastos significativos; en tal caso, podría considerarse suficiente para satisfacer el interés del acreedor que el deudor tenga que abonarle una indemnización adecuada a tal fin; en nuestro Derecho, algunos preceptos consagran reglas inspiradas en esta idea (así, el art. 1594 CC o el art. 160 TR-LGDCU).

b) En el supuesto contemplado por el art. 1197 PMCC, podría extenderse el remedio de la reducción del precio a cualquier prestación, con las debidas adaptaciones y siempre que ello sea factible teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, siguiendo el modelo del art. III.-3:601 (4) DCFR.

c) Dado que el TS admite la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato (dando lugar a una amplia jurisprudencia menor en el mismo sentido), y habida cuenta de que se trata de un tema polémico y complejo entre nosotros, sería conveniente que la PMCC se pronunciara expresamente al respecto.

BIBLIOGRAFÍA*

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario del art. 25», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (director y coordinador: L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid 1998, p. 211.
- CLEMENTE MEORO, M. E.: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- «Tribunal Supremo y principios europeos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 305, junio 2010, p. 79.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid 2005.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999.
- «Comentario del art. 64», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (director y coordinador: L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid 1998, p. 502.

* Mientras estaba corrigiendo las pruebas de este trabajo se han publicado en el fascículo IV del ADC de 2011 dos artículos sobre la temática que he abordado: uno, de N. FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: Los remedios del incumplimiento»; y otro, de L. P. SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?». Dada su aparición en estos momentos, no he podido tenerlos presentes al redactar mi trabajo.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9.^a ed., Tecnos, Madrid 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M.: *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, Madrid 2002.
- FENOY PICÓN, N.: «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de modernización del Código Civil de 2009», *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (coordinador: I. de la Maza Gazmuri, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, p. 27.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 2010, p. 47.
- GARCÍA PÉREZ, R. M.: «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 330.
- GÓMEZ CALLE, E.: «Comentario al art. 162 TR-LGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (director: S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid 2011, p. 1374.
- «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC* 1998, p. 1693.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007.
- JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCIA, M.: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *RJUAM*, núm. 19, 2009-I, p. 155.
- MORALES MORENO, A. M.: «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 400.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Cizur Menor 2010.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor 2006, p. 17.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor 2006, p. 55.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L.: «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho privado europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 423.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad contractual», *Enciclopedia Jurídica Básica* (director: A. Montoya Melgar), vol. IV, Civitas, Madrid 1995, p. 5922.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 1993, p. 1719.
- «Comentario del art. 1902», *Comentarios del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid 1993, p. 1971.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, p. 1019.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, II, ed. C. E. Ramón Areces, 1990, p. 1561.
- PERALES VISCASILLAS, M. P.: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», en *Derecho Privado Europeo: estado actual*

- y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 453.
- ROCA TRÍAS, E.: «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- Study Group on a European Civil Code and the Research Group on ec Private Law (Acquis Group): *Principles, Definitions y Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, edited by Christian von Bar and Eric Clive, 6 vols., Sellier, München 2009.
- XIOL RÍOS, J. A.: «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).