

El incumplimiento en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela
Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

RESUMEN

Este trabajo trata de dar cuenta de los rasgos generales que presenta el incumplimiento del contrato en la Propuesta Reformada de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada por el Ministerio de Justicia en 2023, sin duda, uno de los temas de mayor relevancia de este texto prelegislativo.

Prevía justificación de la terminología utilizada y de la ubicación sistemática de las normas que establecen los perfiles de la figura, el artículo se centra en el concepto unitario, neutral y abstracto de incumplimiento de la Propuesta, muy distanciado de la dispersa y lagunosa regulación del Código civil vigente sobre el tema. Se ofrece además una interpretación argumentada sobre las disposiciones legales concretas que desarrollan el citado concepto.

A continuación, se analizan las respuestas (punto de vista de la ley), sanciones (punto de vista del deudor) o, como prefiero la Propuesta, remedios (punto de vista del acreedor), frente a dicho incumplimiento. Seguidamente se explican las reglas que establecen la relación de compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes remedios, así como la que declara el incumplimiento del contrato y sus remedios como paradigma del incumplimiento de cualquier relación obligatoria, sea cual sea su fuente. Finaliza el trabajo dando cuenta de la desaparición de las normas sobre transmisión del riesgo y de las razones que lo justifican.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 y el FEDER, sobre «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: María Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez).

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento, contrato, obligación, deudor, acreedor, imputación, deber de colaboración, remedios, articulación, transmisión del riesgo.

Non-performance in the 2023 Proposal for the modernization of the civil code on obligations and contracts

ABSTRACT

The purpose of this paper is to outline the general features of non-performance in the Reformed Proposal for the Modernization of the Civil Code on Obligations and Contracts, published by the Ministry of Justice in 2023—undoubtedly one of the most significant issues in the pre-legislative text.

After justifying the terminology used and the systematic placement of the rules that define its characteristics, the article focuses on the unitary, neutral, and abstract concept of non-performance in the Proposal, which is markedly different from the Civil Code's scattered and inconsistent regulation on the matter. It also provides a reasoned interpretation of the specific legal provisions that develop this concept.

Next, the paper analyzes the responses (from the perspective of the law), sanctions (from the perspective of the debtor), or, as the Proposal prefers, remedies (from the perspective of the creditor) to such non-performance. It then explains the rules governing the compatibility or incompatibility of different remedies, as well as the rule that establishes breach of contract and its remedies as the paradigm of non-performance in any obligatory relationship, regardless of its source. The paper concludes by addressing the disappearance of the rules on the transfer of risk and the reasons that justify this change.

KEY WORDS

Non-performance, contract, obligation, debtor, creditor, imputation, duty of cooperation, remedies, articulation, transfer of risk.

SUMARIO: 1. *Introducción. Gestación y desarrollo de la nueva Propuesta reformada de 2023. En particular, las reglas del incumplimiento.*—2. *Un par de cuestiones previas.* 2.1 *La terminología de la PM 2023.* 2.2 *La ubicación sistemática del incumplimiento y los remedios.*—3. *El nuevo concepto de incumplimiento.* 3.1 *Innovación respecto al Código civil vigente. Las explicaciones de la Exposición de Motivos.* 3.2 *Concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación.* 3.2.1 *En el ámbito comparado e internacional.* 3.2.2 *En la Propuesta de Modernización de 2023.* 3.3 *Regulación articulada de los remedios o consecuencias del incumplimiento y enumeración. Trazos generales y reglas de*

coordinación. 3.3.1 Enumeración. 3.3.2 Supuesta prioridad de la pretensión de cumplimiento. 3.3.3 Elección, compatibilidad y acumulación de remedios. 3.4 Los remedios al incumplimiento del contrato como paradigma.-4. *La supresión de la disciplina de la transmisión del riesgo.-Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN. GESTACIÓN Y DESARROLLO DE LA NUEVA PROPUESTA REFORMADA DE 2023. EN PARTICULAR, LAS REGLAS DEL INCUMPLIMIENTO

La reformada Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PM 2023) nace de un encargo del Ministerio de Justicia de España (reiterado por los distintos ministros desde 2017 a 2023) hecho a un grupo de trabajo dentro de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación¹. Se trataba de realizar la puesta al día de la Propuesta publicada en 2009 que la propia Sección Primera había elaborado bajo la presidencia y dirección del Pr. D. Luis Díez-Picazo (en adelante, PM 2009).

La PM 2009 ya contenía las grandes líneas de innovación de los Títulos I y II del Libro IV del Código civil español, relativo a la teoría general de las obligaciones y a la teoría general del contrato, la misma tarea que ahora se acomete. Esas modificaciones estaban inspiradas en el conocido como moderno Derecho de contratos surgido a partir la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG, por sus siglas en inglés), de la que forma parte España desde 1991 y cuya importancia como modelo se puso ya de manifiesto en la Exposición de Motivos de la PM 2009. También se inspiró en otros textos internacionales de distinta naturaleza, como los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (en adelante, PICC, por sus siglas en inglés) y, sobre todo, de los Principios de Derecho europeo de contratos (PECL, por sus siglas en inglés). Igualmente sirvieron de modelo algunas Directivas comunitarias en materia de contratos con consumidores, que fueron objeto de trasposición al ordenamiento jurídico español en el ámbito específico de la legislación de consumo, pero que igualmente influyeron en la evolución de la legislación general (por ejemplo, en materia de condiciones generales de la contratación) y en la interpretación doctrinal y

¹ El citado grupo, presidido por Antonio Manuel Morales Moreno, estuvo formado por Teodora Torres García, M.^a Paz García Rubio, Nieves Fenoy Picón y Francisco Oliva Blázquez.

jurisprudencial de las viejas reglas contenidas en el Código civil de 1889. Dentro del ámbito de los ordenamientos estatales, similares líneas maestras eran las seguidas en los Códigos civiles nuevos o profundamente reformados, como el neerlandés de 1992 y el BGB alemán, modernizado en 2002.

Los catorce años transcurridos entre ambas propuestas explican, en parte, las novedades que introduce la PM 2023 en relación con su precedente. Estas innovaciones, en su mayoría, son fruto de la aparición de nuevos textos nacionales y transnacionales posteriores a los que fueron tomados en consideración en 2009. Destacan el llamado Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), y las recientes reformas de los Códigos civiles francés (operada entre los años 2016 y 2018) y belga (2023). Además, algunos cambios derivan de la experiencia surgida durante esos catorce años, así como de la intención de aclarar ciertas cuestiones que ha venido suscitando el nuevo modelo y que no parecían del todo bien perfiladas en la PM 2009. Tampoco se deben olvidar las innovaciones de Derecho positivo interno que se han producido en textos como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, 2014 y modificaciones posteriores) o incluso en el Libro VI del CCCat.

Se decía en la Exposición de Motivos de la PM 2009 que una de las razones para realizar esa Propuesta era la de buscar una mayor aproximación del Derecho español a los Derechos europeos, tal y como estos son concebidos hoy en día; sin duda, el objetivo es compartido por la PM 2023. Teniendo esto presente y a pesar de las diferencias entre ambos textos, se puede afirmar que las dos propuestas recogen similares principios y nociones instrumentales. Entre ellos destaca el que va a ser objeto de este trabajo: el concepto general o unitario, abstracto y neutro de incumplimiento, así como las respuestas (remedios) de los que, en su caso, goza el acreedor frente a dicho incumplimiento. No es, ni mucho menos, el tema del incumplimiento el único que marca la línea de continuidad entre ambas Propuestas, pero no cabe duda de que sí es uno de los más importantes, sobre todo por su marcado carácter innovador con respecto al texto del Código civil vigente.

Analizaré a continuación la noción de incumplimiento de la PM 2023 y, de manera muy sucinta, aludiré a las respuestas (punto de vista de la ley), o remedios (punto de vista del acreedor), o sanciones (punto de vista del deudor) frente a dicho incumplimiento. Más adelante trataré de explicar las reglas que establecen la relación de compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes remedios, así como la que declara el incumplimiento del contrato y

sus remedios como paradigma del incumplimiento de cualquier relación obligatoria, sea cual sea su fuente. Finalizaré la exposición dando cuenta de la desaparición de las normas sobre transmisión del riesgo y de las razones que lo justifican.

Antes de detenerme en los asuntos señalados, apuntaré dos cuestiones previas que han sido resueltas en esta PM 2023 de manera distinta a como lo han hecho algunos códigos vecinos recientemente reformados, como el francés, el belga o, incluso un poco antes, el alemán: me refiero a la terminología utilizada y a la ubicación sistemática de esas normas sobre incumplimiento.

2. UN PAR DE CUESTIONES PREVIAS

2.1 LA TERMINOLOGÍA DE LA PM 2023

La PM 2023 sigue en este punto la terminología de los textos internacionales más señeros (CISG, PECL, PICC y DCFR), al optar por el término incumplimiento (*non-performance*, en su versión en inglés). De este modo, la perspectiva adoptada es la del acreedor, poniendo de relieve que lo importante es el resultado, el no cumplimiento, y no tanto las causas o la actuación de las partes que condujeron a aquel. Lo cierto es que el más francófono término inexecución (*inexécution*²) parece apelar igualmente al resultado³.

En cambio, en el BGB se utiliza la noción de *Pflichtverletzung*⁴, muy próxima al *breach of duty* anglosajón⁵, que se puede traducir como lesión del deber, y que está referido a los deberes derivados de la relación obligatoria⁶. De este modo, parece que la perspectiva no es tanto la del resultado, como la de la conducta del

² Artículos 1217 y ss. Code civil francés, que se sitúan en la sección 5 del subítulo 1 (*Le contrat*) de Título III (*Des sources de obligations*), y por tanto entre las normas de los contratos (*L'inexécution du contrat*); es el mismo término (*inexécution*) que se utiliza en Código civil belga.

³ Es remarcable que *non-performance* e *inexécution* son considerados términos sinónimos en KÖTZ, 2020, p. 308. Se trata de la versión francesa del libro de KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, que con el título *Droit européen des contrats*, ha sido realizada por FAUVARQUE-COSSON, con la colaboración de SIGNAT y GALBOIS-LEHALLE.

⁴ En el Derecho alemán se utiliza también la expresión «*Leistungsstörung*», que según su creador (STOLL, 1936, p. 13) hace alusión a cualquier obstáculo que impida realizar la finalidad perseguida en la relación obligatoria, lo que la aproxima mucho al concepto de *non-performance*.

⁵ De hecho, *Pflichtverletzung* se traduce como *breach of duty* en KÖTZ, 2017, p. 242. Se trata de la versión inglesa del mismo libro de KÖTZ citado en la nota 3, *European Contract Law*, traducido por Mertens y Weir, 2.^a ed., Oxford University Press, 2017, p. 242.

⁶ LOOSCHELDERS, 2021, pp. 277 ss. (traducción al español por GÓMEZ CALLE); considera el autor que el régimen jurídico vigente en el BGB tras la reforma de 2002 es un

deudor, lo que para algunos autores tiene relevancia⁷; en cambio, para otros la dualidad de puntos de partida y la terminología adoptada tienen en la práctica escasa trascendencia práctica⁸.

2.2 LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS

Siguiendo el mismo criterio de la PM 2009⁹, el texto de la PM 2023 coloca las reglas sobre el incumplimiento y sus remedios entre las normas de la Teoría general de la obligación (Título I, del libro IV del CC), criterio que entre los modelos que conocemos se adopta, por ejemplo, en el BGB y entre los textos del *soft law* en el DCFR¹⁰.

No es esta, sin embargo, una solución uniforme. La opción que sigue, por ejemplo, el *Code* civil francés tras la Ordenanza de 2016 es la de situar la materia que nos ocupa, en la Sección V («*De l'inexécution du contrat*») del Capítulo IV («*Les effets du contrat*») del *Code* civil. Esto supone un notable cambio de sistemática respecto de la versión original que trataba las cuestiones relacionadas

«sistema mixto» entre el sistema anterior, orientado a supuestos de hecho, y el sistema puramente orientado a las consecuencias jurídicas, que sería el del incumplimiento.

⁷ Afirma que ambas perspectivas pueden tener ventajas e inconvenientes, KLEIN-SCHMIDT, 2018, p. 1081, para quien la perspectiva del resultado tiene problemas en caso de que el deudor no se haya comprometido a un resultado concreto, sino a la realización de los mejores esfuerzos para alcanzarlo, mientras que la perspectiva de la conducta del deudor suscita reparos en caso de imposibilidad, sobre todo inicial. La cuestión de la idoneidad o no del concepto neutro de incumplimiento en las llamadas obligaciones de medios es abordada por MORALES MORENO, A. M. en varios trabajos que ponen de relieve que también en las obligaciones de hacer referidas, por ejemplo, a la prestación de servicios, la falta de diligencia del deudor expresa la falta de conformidad con el servicio e indica, igualmente, que no se ha producido el resultado buscado por el acreedor (MORALES MORENO, 2009, pp. 218-219).

⁸ Así se expresa KÖTZ, 2017, p. 242, tanto en la versión inglesa de la obra, como en la versión francesa KÖTZ, 2020, p. 308, afirmando que, aunque las fórmulas alemana e inglesa parecen apelar al carácter reprobable de la conducta del autor, en sentido jurídico deben reconducirse al concepto neutro de *non-performance* o *inexécution*. Por su parte EBERS, ADC, 2003, pp. 1575-1608, espec. p. 1595, menciona, sin justificarlo, la imposibilidad de incluir la violación de un deber de protección, del retraso en el cumplimiento y del cumplimiento defectuoso dentro del concepto de incumplimiento.

⁹ La PM 2009 rubricaba el Capítulo VII del Libro I, Del incumplimiento: Este se dividía en cinco secciones, respectivamente dedicadas a las Disposiciones Generales (arts. 1188 a 1191), De la acción de cumplimiento (arts. 1192 a 1196), De la reducción del precio (arts. 1197 a 1198), De la resolución por incumplimiento (arts. 1199 a 1204) y De la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212).

¹⁰ El libro III del DCFR, titulado «*Obligations and corresponding rights*» destina su Capítulo 3 a los «*Remedies for non-performance*», divididos en siete secciones respectivamente rubricadas «*General*» (arts. III.-3:101 a III.-3:108), «*Cure by debtor of non-conforming performance*» (arts. III.-3:201 a III.-3:205), «*Right to enforce performance*» (III.-3:301 a 3:303), «*Withholding performance*» (III.-3.-401), «*Termination*» (arts. III.-3:501 a III.-3:514), «*Price reduction*» (III.-3:601), y «*Damages and interest*» (III.-3:701 a III. 3:713).

con el incumplimiento de la obligación en distintos preceptos relativos a esta y no en la parte destinada a los contratos¹¹. Al respecto, E. Savaux cuestiona si es más correcto hablar de inejecución del contrato o de inejecución de la obligación, concluyendo que lo más exacto sería hablar de inejecución de la relación contractual, aunque acepta que los tres conceptos se utilicen como sinónimos¹².

Por su parte, el nuevo Código civil belga disciplina de modo separado, y hasta cierto punto reiterativo, la inejecución de la obligación contractual, por un lado, y la inejecución de la obligación, por otro, dando además relevancia a la imputabilidad del deudor¹³. Como veremos después, esto significa que, al menos de modo formal, este modelo se distancia un tanto del recogido en los textos internacionales que optan *ab initio* por un concepto neutro de incumplimiento o inejecución, en el sentido que después se aclarará.

En realidad, la disparidad en la ubicación de las reglas sobre el incumplimiento no tiene mayor consecuencia práctica, ya que en todos los textos analizados el incumplimiento contractual es el paradigma sobre el que se construye todo el nuevo sistema. De este modo, con las adaptaciones que precise cada supuesto concreto, puede ser extendido a cualquier incumplimiento de otro tipo de relaciones obligatorias, como más adelante se comentará.

3. EL NUEVO CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

3.1 INNOVACIÓN RESPECTO AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE. LAS EXPLICACIONES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Al modo que sucede en los textos internacionales en los que este se inspira, comenzando por la CISG que fue la que realizó el cambio de paradigma, el concepto de incumplimiento que adopta la PM 2023 constituye una categoría central en el nuevo sistema destinado a conformar una teoría general de la obligación y del contrato¹⁴. Con idéntica inspiración, la PM 2023 pretende recoger de

¹¹ FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1059, explicando este último las razones del cambio.

¹² FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1060.

¹³ «*L'inexécution de l'obligation contractuelle et ses conséquences*», cuya regulación se divide en «*L'inexécution imputable au débiteur*» (arts. 5.82 a 5.98) y «*L'inexécution qui n'est pas imputable au débiteur*» (arts. 5.99 a 5.102); y de modo un tanto reiterativo, «*L'inexécution de l'obligation*» (art. 5.224) distinguiendo a continuación «*L'imputabilité de l'inexécution*» (art. 5.225 ss). La explicación de esta duplicidad, en GEORGE; COLSON; CATALDO, FOSSÉPREZ, 2023, p. 399.

¹⁴ KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1077.

forma ordenada y coherente las consecuencias o remedios del incumplimiento, sede donde se toman en consideración las circunstancias que adornan cada uno de los incumplimientos posibles.

La pieza central que constituye el nuevo incumplimiento viene a sustituir al patrón codificado que, en realidad, estaba en este punto bastante falto de sistema¹⁵. Como corresponde a la tradición romana recogida en los modelos de los Códigos civiles decimonónicos, el Código civil español vigente reconoce sin demasiado orden y de manera incompleta distintas modalidades de incumplimiento, cada una de las cuales obedece a una serie de causas concretas¹⁶. Asimismo, con exigua organización, regula las particulares consecuencias de esas modalidades, para lo que se otorga singular relevancia al criterio de la culpa del deudor como tecla para ampliar o agravar sus efectos¹⁷. Algunas consecuencias se sitúan en lugares dispersos (por ejemplo, la resolución) e incluso ciertas normas sobre tales consecuencias están ubicadas fuera del Código; en concreto, en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Frente a este modelo español, propio del sistema tradicional continental que a la hora de considerar el incumplimiento pone el acento en los deberes de conducta del deudor, se dice que el modelo angloamericano, no sin matices, sitúa su fulcro en la exigencia de satisfacción del interés del acreedor¹⁸. Los textos internacionales del moderno Derecho de contratos tratan de establecer un puente entre ambos modelos, si bien en esta materia concreta se aproximan más al segundo por resultar, a la postre, más sencillo y útil, tanto para detectar el incumplimiento, como para ordenar sus consecuencias.

Y esta es la senda que parecen seguir las propuestas de Modernización del Código civil de 2009 y 2023 que, por ello, pudieran

¹⁵ Como dice MORALES MORENO, 2006, p. 23, las normas del Código civil sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado.

¹⁶ Se hace eco de ello la Exposición de Motivos de la PM de 2009 cuando en su apartado VIII señala: «Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles (sic) que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas».

¹⁷ ROCA TRÍAS, E., 2024, p. 124, «Solo debo advertir que en nuestro Código no hay una normativa unitaria sobre el incumplimiento de los contratos, lo que algunas veces genera la normal inseguridad derivada de la dificultad de determinar la norma aplicable, ni tan solo existe una definición de incumplimiento, ni de las situaciones que lo producen. Este es el punto que la jurisprudencia ha debido elaborar, mal que bien, para obtener por al menos una solución razonable a los casos».

¹⁸ Explican ambos modelos, DíEZ-PICAZO; ROCA TRÍAS, MORALES MORENO, 2002, pp. 318 ss.

parecer a primera vista extremadamente innovadoras. Sin embargo, aunque la novedad es radical si se compara con el texto del Código, lo cierto es que no supone, ni mucho menos, una verdadera ruptura con el Derecho español actualmente vigente¹⁹. Al contrario, nos hallamos ante una regulación expresamente recogida tanto por la CISG, que forma parte del ordenamiento español desde 1991, como por el legislador interno en el ámbito de los contratos con consumidores (TRLGDCU). Es más, en buena medida en ambas propuestas se plasma una idea que tiene en nuestra literatura jurídica rompedoras referencias que, en algunos casos, superan con creces tres décadas de antigüedad²⁰ y que ya está perfectamente asumida por la jurisprudencia cuando aplica el desordenado Derecho común de contratos contenido en el Código de 1889²¹.

Con todo, no sería acertado minimizar la trascendencia del cambio que ahora se pretende, pues es, sin duda, un cambio muy relevante. De su importancia da buena cuenta la Exposición de Motivos de la PM 2023 que le dedica los párrafos que me permito transcribir a continuación.

El Capítulo VI, dedicado al incumplimiento, es uno de los más innovadores con relación al decimonónico texto actualmente vigente. Adopta, al igual que sucedía en la PM 2009, un concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación, en línea con los textos modernos sobre Derecho de contratos de ámbito transnacional y comparado. Ello implica la desaparición de algunas figuras tradicionales como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento. Además, se recogen los remedios o consecuencias del incumplimiento del contrato que permiten al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que dicho incumplimiento se hubiera producido, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o su otra contraprestación no pecuniaria, suspender el cumplimiento de su obligación, resolver el contrato y exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le haya producido. En la disciplina de estos remedios, se han

¹⁹ De forma similar, respecto del Código civil chileno, VIDAL OLIVARES, 2018, pp. 447-474.

²⁰ Me refiero a los trabajos de PANTALEÓN PRIETO, ADC, 1991, pp. 1019-1091 y PANTALEÓN PRIETO, ADC, 1993, pp. 1719-1746. Junto con los de MORALES MORENO que de modo reiterado se citan en esta contribución y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2007, pp. 1-49, quienes pueden considerarse las referencias doctrinales españolas inspiradoras del nuevo modelo de incumplimiento.

²¹ Como dice DEL OLMO GARCÍA, 2022, pp. 853-891, espec. p. 854: tanto es así que puede decirse que el nuevo modelo no está en el Código civil español, pero sí en el Derecho privado español (en la CISG, TRLGDCU, CCCat) y en la doctrina y la jurisprudencia; ya antes, MORALES MORENO, 2006, pp. 36 ss.; GARCÍA PÉREZ, 2011, pp. 330-368.

seguido las pautas marcadas por el moderno Derecho de contratos y por la PM 2009, en buena medida recibidas ya por nuestra jurisprudencia. En cuanto al remedio de la indemnización de daños, la PM 2023 utiliza, como hace la PM 2009, el criterio de imputación determinado por la esfera de control. Esto implica, sin duda, cierto grado de objetivación de la responsabilidad contractual; pero debe tenerse en cuenta que el ámbito de la esfera de control no puede ser el mismo para un empresario que contrata con otro empresario o con un consumidor o usuario, que para un particular que contrata con otro particular. Se añade, asimismo, una regla por la que estos remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas. En este punto, se ha introducido también la estimación del daño pactada anticipadamente, lo que supone una modificación importante con relación a la PM 2009, que regulaba el tema de las cláusulas penales de modo separado tras las clases de obligaciones. Considerando que su función principal es la estimación ex ante del daño, y sin perjuicio de reconocer otras funciones como la presuntiva del daño o la penal, se ha entendido preferible regular esta figura en la sede del incumplimiento y sus remedios; en concreto, en el de la indemnización de daños. En coherencia con la nueva concepción del incumplimiento y sus remedios, se suprimen, por innecesarias, las normas contenidas en el artículo 1452 CC sobre transmisión del riesgo en el contrato de compraventa.

A partir de aquí, este trabajo se destinará, principalmente, a desarrollar las ideas contenidas en las líneas que se acaban de reproducir, con el fin de hacer más comprensible el contenido de las disposiciones de la PM 2023 sobre el incumplimiento y, en su caso, precisar algunas cuestiones.

3.2 CONCEPTO UNITARIO Y NEUTRAL DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

3.2.1 En el ámbito comparado e internacional

La Exposición de Motivos de la PM 2023, después de destacar su carácter innovador en este punto, afirmación que hay que entender en el sentido ya indicado, explica que, al igual que su precedente de 2009, esta adopta un nuevo concepto de incumplimiento que califica de unitario y neutral. Ambos adjetivos merecen aclaración: se trata de un concepto unitario, porque todo lo que no se ajuste

estrictamente al cumplimiento de lo pactado es incumplimiento²², y es un concepto neutral o neutro²³ porque prescinde del criterio de la culpa de quien lo haya causado. Además, aunque no se mencione de modo expreso en el texto preliminar, lo cierto es que a los dos calificativos señalados se debe añadir un tercero: se trata también de un concepto abstracto, porque su existencia no depende de las causas concretas que lo hayan provocado, ya que únicamente expresa que el interés del acreedor no ha quedado satisfecho conforme a las expectativas del contrato (o de la relación obligatoria). Ello es consecuencia del nuevo sistema: como tantas veces le he oído decir al Pr. Morales Moreno, ya no se trata de tipificar modalidades de incumplimientos en particular (las causas concretas) sino de identificar el incumplimiento en general (la no satisfacción del interés protegido por el contrato) para ofrecer los posibles remedios cuyos requisitos sí pueden contemplar causas concretas (reminiscencia de los antiguos tipos de incumplimientos y reordenación de parte de sus previsiones).

Ya se ha dicho que este modo de entender el incumplimiento fue el acogido por la CISG y el que después han adoptado los textos internacionales más representativos del nuevo Derecho de contratos²⁴. Con independencia de su origen, lo cierto es que se ha mostrado como una herramienta útil para superar los problemas planteados por el modelo romano reflejado en los códigos decimonónicos, en el ya se ha dicho que coexisten normas generales incompletas y lagunosas, con reglas especiales en materia de compraventa o de otros tipos contractuales, así como otras redundantes o difícilmente conciliables²⁵. Destaca entre las lagunas detectadas el hecho de que la perspectiva subjetivista propia de este modelo, basada en el presupuesto del incumplimiento del contrato como un reproche de la conducta del deudor (culpa)²⁶, dejaba

²² Decía PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1720: «la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual».

²³ MORALES MORENO, 2009, p. 212.

²⁴ Artículo 1:301 (4) PECL, que se reproduce en la nota 54, y artículo 7.1.1. PICC; sobre este último, SCHELHAAS, 2015, p. 831, resalta particularmente el carácter unitario compartido por los sistemas jurídicos más modernos. Cf. también, artículos III.-1:102 (3) DCFR y 87 CESL.

²⁵ Para el caso del BGB, KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1078; para el francés, FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1062; para el español, MORALES MORENO, 2006, p. 25.

²⁶ Como recuerda MORALES MORENO, 1998, p. 290, «En los denominados sistemas continentales (latinos o germánicos), entre los cuales ha de incluirse el nuestro, el contrato, al menos el contrato obligacional, se concibe prioritariamente como un vínculo que genera deberes. La *lex contractus*, en palabras de Larenz, es «primariamente (...) una norma según la cual tiene que dirigir su conducta el obligado. Tal punto de partida determina una importante consecuencia: la responsabilidad contractual tiende a ser construida con cierta dosis de subjetivismo, fundada en el incumplimiento de deberes contractuales, es decir, de reglas de conducta impuestas a los contratantes bajo el presupuesto de la culpabilidad (incumplimiento reprochable al deudor)».

fuera del foco todas aquellas causas de insatisfacción del interés del acreedor que no eran propiamente incumplimiento de los deberes contractuales²⁷.

Se explica así que en los Códigos civiles nuevos o recientemente modernizados el concepto de incumplimiento de los textos internacionales haya sido utilizado como guía o inspiración, aunque lo cierto es que su recepción no ha sido tan completa como se ha dicho en ocasiones. Más bien puede decirse que ha sido acogido de manera desigual en unos y otros, como enseguida veremos al mencionar los más significativos.

Siguiendo un orden cronológico, el concepto general de incumplimiento se acoge con toda su amplitud en el inicio del artículo 6:74.1 del CC neerlandés de 1992 cuando comienza diciendo que «*Every imperfection in the compliance with an obligation is a non-performance of the debtor...*»²⁸; se considera que el término es unitario y neutral en el sentido de que describe tanto el incumplimiento excusable como el no excusable²⁹.

No es esta la opción del BGB tras la reforma de 2002. Ya se ha apuntado que este código parte de la idea de *Pflichtverletzung* o lesión del deber (cf. § 280.1), el cual, aunque comprenda los distintos tipos de incumplimientos, parece más próximo al *breach of duty* o *breach of contract* inglés que al de *non-performance* de los textos modernos³⁰. De algún modo esta opción exige distinguir entre los distintos tipos de lesión, hasta el punto de que algunos autores alemanes consideran que el nuevo régimen del BGB debe ser considerado como un sistema mixto entre el anterior, que se basaba en los distintos supuestos de hecho –imposibilidad, mora, y en ciertos casos prestación defectuosa y lesión de deberes de protección–, y el nuevo Derecho de contratos, basado en las consecuencias jurídicas³¹ o en el resultado³².

²⁷ MORALES MORENO, 1998, p. 290; DÍEZ-PICAZO; ROCA TRÍAS, MORALES MORENO, 2002, pp. 318 ss.

²⁸ Aunque la rúbrica del artículo 6:74 sea «*Requirements for a compensation for damages*», pues el precepto no pretende definir el incumplimiento sino describirlo con objeto de regular el asunto señalado en la rúbrica.

²⁹ SMITS, 2002, p. 327.

³⁰ Señalando que los PICC no contienen referencia expresa al concepto de *breach of contract*, dice FURMSTON, 1992, p. 671, «*Rather, the Principles have chosen to talk of performance and non-performance. Non-performance, however, is not the same as breach since it may be excused. Breach of contract, in the common law sense, is non-excused non-performance within the Principles*»; en la p. 672 el autor añade: «*What are the consequences of not employing the concept of breach but talking rather of performance and non-performance. The most obvious consequence is that for many purposes the same rules can be used for excused and non-excused non-performance. This is most obviously the case in relation to termination...*».

³¹ En la terminología de LOOSCHELDERS, 2021, p. 281.

³² En la explicación de KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1081, quien considera que el nuevo modelo alemán no se basa en el resultado, sino en la conducta del deudor, lo que plantea a su juicio obstáculos insalvables en el caso de la imposibilidad inicial.

Por su parte, el *Code* francés reformado en 2016-2018 no se ocupa demasiado de la noción de «*inexécution*» que no llega a definir. El nuevo artículo 1217, bajo la rúbrica *L'inexécution du contrat*, se limita a evocar a «*La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, o l'a été imparfaitement*», lo que conduce a la doctrina a considerar que el término engloba tanto los casos en los que el deudor no hace nada en absoluto, como aquellos de ejecución imperfecta o ejecución no conforme. Estiman también que el retraso en la ejecución es un caso de ejecución imperfecta³³. No obstante, esa misma doctrina entiende que el artículo 1218 del *Code*, que define la fuerza mayor contractual, obliga a distinguir dos formas de inejecución: una no imputable al deudor, que descartaría, en principio, las sanciones previstas para el caso de inejecución –pero veremos que no todas–, y otra imputable al deudor que las abriría³⁴. Además, según ciertos autores galos, el legislador francés ha mostrado la voluntad de mantener una concepción tradicional de las normas del incumplimiento que lo aparta de los modelos del CISG y del *soft law* internacional, en la medida en que están más ligadas a las sanciones al deudor que a la satisfacción de las expectativas del acreedor³⁵.

Por su parte, ni describe, ni define, ni delinea de ninguna manera la noción de inejecución de la obligación o de inejecución de la obligación contractual el nuevo Código civil belga, después de la ley de reforma de las obligaciones y contratos que entró en vigor en 2023. Este texto tiene la particularidad de aludir expresamente a la inejecución imputable al deudor (arts. 5.224 y 5.83) y de dar una definición de imputabilidad (art. 5.225); no obstante, regula como supuestos de no inejecución no imputable al deudor la fuerza mayor (art. 5.228) y el cambio de circunstancias (art. 5.74).

En consecuencia, parece que el *Code* francés, y en mayor medida el belga, no terminan de aceptar hasta sus últimas consecuencias la nota de neutralidad que se predica del moderno concepto de incumplimiento propio de los textos internacionales más señeros. Asimismo, en el BGB el concepto no es tan unitario y abstracto como en estos últimos. Tampoco en el Derecho inglés que, a pesar de haber actuado como la aparente directriz del nuevo sistema, sustenta un concepto de *breach of contract* en el que no tiene cabida las situaciones en las que existe una causa de exoneración del

³³ FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1061.

³⁴ FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1060; lo cierto es que tanto la suspensión del cumplimiento, como la resolución y la reducción del precio se pueden utilizar también en caso de incumplimiento no imputable.

³⁵ CHANTEPIE, LATINA, 2018, p. 559.

deudor³⁶; esta separación obligaría además a introducir en el discurso la *frustration* como fenómeno distinto al *breach of contract*³⁷.

Con estos antecedentes, trataré de mostrar seguidamente cómo se plasma en la PM 2023 el nuevo concepto de incumplimiento, al cual ya hemos dicho que sí adjuntamos las notas de unitario, abstracto y neutral en los sentidos antes explicados.

3.2.2 En la Propuesta de Modernización de 2023

Según el 1171.1 PM 2023, que encabeza el capítulo relativo al incumplimiento, «*Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta*».

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en el Código civil vigente, no se hacen diferencias entre el cumplimiento inexacto, la mora, la imposibilidad, o cualquier otro modo de apartarse del diseño obligacional; incumplir es exactamente lo contrario de cumplir y, en consecuencia, estamos ante una figura unitaria.

La PM 2023 califica como incumplimiento *la no ejecución exacta de la prestación debida*, expresión esta que sustituye la mención a la «prestación principal» contenida en la PM 2009. El cambio pone de relieve que puede acarrear el incumplimiento tanto lo que suceda con la prestación principal como la falta de ejecución exacta de deberes de prestación de carácter accesorio. Entre otras cosas, la previsión es útil porque no siempre será sencillo distinguir qué es lo principal y qué lo accesorio en la prestación debida, diferencia sobre la que volveré.

Además, el precepto considera incumplimiento la no ejecución exacta de «*cualquier otra exigencia de la relación obligatoria*», expresión que sustituye a la contenida en la PM 2009 que se refería a «*cualquier otro de los deberes*»³⁸, y que a primera vista puede causar alguna perplejidad. Para explicarla he de traer a colación el

³⁶ Aunque, como señala MORALES MORENO, 1998, p. 291 la noción de «*breach of contract*» agrupa a todos (o casi todos) los problemas referentes a la falta de realización o ejecución de los términos del contrato, tales como ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, etc. El mismo autor explica que la diferencia entre *breach of contract*, que no se produce si existe causa que la justifica, e incumplimiento, que si puede producirse a pesar de ello, puede estar en que el efecto natural de aquella es la indemnización de daños, razón por la que el concepto se construye a medida de este concreto remedio (MORALES MORENO, 2014, p. 32-33).

³⁷ Unas notas diferenciando ambos conceptos en CARTWRIGHT, 2013, p. 256.

³⁸ Señalaba MORALES MORENO, 2014, p. 28 que la definición de incumplimiento de la PM 2009, en lo que se refería al incumplimiento de deberes, no correspondía a la verdadera idea de incumplimiento subyacente en la Propuesta, razón por la que debía ser supe-

concepto de obligación que se desprende de los apartados 1 y 2 del artículo 1088 PM 2023³⁹, de los cuales el referido 1171.1 se puede considerar un reflejo.

Según el artículo 1088.1 PM 2023 «*En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir al deudor una prestación*», y conforme al artículo 1088.2, «*El deudor está obligado a cumplir la prestación y actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor*». De ambas reglas se deriva la diferencia entre el deber del deudor de cumplir la prestación, por un lado, y el de actuar con el cuidado necesario para no dañar al acreedor, por otro⁴⁰. Con esto, la PM 2023 acoge la diferenciación entre deberes de prestación y otros deberes o exigencias de conducta que no son genuinamente prestacionales, pero cuya infracción también puede generar incumplimiento.

Ya hemos dicho que los deberes de prestación se dividen en principales o accesorios⁴¹. Por su parte, los deberes no prestacionales pueden ser de diferentes tipos⁴²: deberes de cuidado, de información, de confidencialidad, de seguridad, de lealtad o de otro tipo, que imponen a cada una de las partes el de evitar daños a la otra⁴³. Especial consideración merece el deber de colaboración

³⁹ A diferencia de lo que sucede con el artículo 1088 CC vigente que, como señala Díez-PICAZO, no suministra un concepto de lo que la obligación sea, sino que se limita a enumerar sus posibles contenidos (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 63).

⁴⁰ Inspirado en el § 241 BGB que reconoce dos categorías de deberes derivados de la relación obligatoria: los deberes de prestación y los deberes de protección, cuya diferenciación expresa se produce en la ley de Modernización del BGB (*SchuldRModG*), siendo considerado uno de los aspectos más relevantes de la reforma del BGB que entró en vigor en 2002 por CABANILLAS SÁNCHEZ, 2022, pp. 113-146, espec. p. 114. *Vid.* también, EBERS, 2003, *ADC*, p. 1577, donde pone el siguiente ejemplo: si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, en este comportamiento cabe apreciar incumplimiento, que sería sancionable según las normas de la responsabilidad contractual. Según un destacado representante de la doctrina alemana, mientras los deberes de prestación se dirigen a un cambio de la situación de los bienes, los deberes de protección deben preservar de perjuicios la actual situación de los bienes de los implicados, es decir, proteger el interés de integridad (LOOSCHELDERS, 2021, p. 63).

⁴¹ Siguiendo la descripción de LOOSCHELDERS, *ibid.*, los deberes principales de prestación caracterizan la singularidad y el tipo de la correspondiente relación obligatoria; añade que en los contratos bilaterales los deberes principales de prestación se encuentran en la relación de intercambio; por su parte, los deberes accesorios de prestación se refieren a los deberes principales y deben favorecer y propiciar su cumplimiento, no persiguen ningún objetivo independiente sino que tienen una «función de servicio», y pueden nacer de los propios pactos entre las partes, de las reglas de interpretación integradora y del principio de buena fe.

⁴² Para LOOSCHELDERS, 2021, p. 67, la relación obligatoria no se agota en deberes de prestación, sino que también incluye para ambas partes deberes de respeto de los bienes jurídicos e intereses de la otra parte (§ 241 II). Estos deberes deben proteger el interés de integridad del cocontratante y por ello se denominan deberes de protección.

⁴³ Señala MORALES MORENO, 2009, pp. 205-206, que el contrato también ordena el riesgo de posibles daños a otros bienes. El cumplimiento del contrato supone, a menudo, una puesta en riesgo de otros bienes de los contratantes. Por ejemplo, el riesgo para la salud de un tratamiento médico incorrecto, el riesgo de que el arrendatario cause daño a la

entre las partes⁴⁴ que, con mayor o menor amplitud, evoca una visión solidaria del contrato, según la cual las partes buscan un fin común, y que es opuesta al modelo antagonista en el que cada parte busca exclusivamente su propio interés, visión solidaria que no ha dejado de suscitar críticas entre los autores⁴⁵.

Sí me interesa apuntar, de momento, que estamos ante deberes bidireccionales, que corresponden tanto al deudor como al acreedor, lo que no refleja de todo bien la PM 2023, pues el artículo 1088. 1 y 2 se refiere solo al deudor, aunque en breve se citará el precepto que hace alusión al acreedor.

Lo cierto es que el incumplimiento puede derivar de la infracción de cualquiera de los antedichos deberes no prestacionales, a los que la PM 2023 se refiere como «*cualquier otra exigencia de la relación obligatoria*». Entre otras consecuencias, de este planteamiento se desprende la naturaleza contractual de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que no son genuinamente prestacionales⁴⁶.

La PM 2023 introduce en el reproducido artículo 1171.1 otra novedad respecto de su precedente de 2009: se considera un rasgo característico del concepto de incumplimiento que, como consecuencia de la infracción de los deberes señalados por parte del deudor, *el acreedor no vea satisfecho su interés en la obligación*. Esta última frase incide sobre los contornos del derecho del acreedor que, como se apuntaba al mencionar la evolución del sistema, se desplaza desde el derecho a obtener del deudor un determinado comportamiento, al derecho a que su interés en el cumplimiento se vea satisfecho o logrado de cualquier manera⁴⁷. Esto supone la asunción de un concepto más abstracto de incumplimiento que el que se mantiene, por ejemplo, en el BGB, ya que, como he reiterado, no resulta dependiente de las causas que lo provocan y sí del resultado alcanzado.

Nada se dice en el primer apartado del artículo 1171 PM 2023 de la culpa del deudor en la inejecución de la prestación o de otros deberes no prestacionales; tampoco se menciona en este precepto lo que los nuevos regímenes francés y belga tratan como *summa*

cosa arrendada, el riesgo de dañar el objeto que debe ser reparado. El contrato justifica la puesta en riesgo de estos bienes; ofrece la medida de esa puesta en riesgo; y marca las pautas sobre la gestión de esos riesgos (deberes de cuidado) y la distribución del daño que pudiera eventualmente producirse.

⁴⁴ Sobre el cual *vid. infra*.

⁴⁵ SCHMIDT, 2018, pp. 158-159.

⁴⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, 2022, pp. 116 ss. refleja la discusión existente en la doctrina y jurisprudencia española sobre el carácter contractual o extracontractual de la infracción de estos deberes no prestacionales.

⁴⁷ *Vid.* el reflejo de la polémica en torno a la incidencia del fin o interés en la obligación, recogida por DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 117.

divisio: el carácter imputable o no imputable del incumplimiento del deudor⁴⁸. La opción de la PM 2023 confirma el tercero de los calificativos aludidos más arriba: el carácter neutral del concepto de incumplimiento sustentado que prescinde totalmente de la culpabilidad del deudor. Por lo tanto, es lógico que de modo lapidario el 1171.2 PM 2023 afirme que «*Existe incumplimiento, aunque este no sea imputable al deudor*». Otra cosa es que en la PM 2023 los remedios o consecuencias del incumplimiento en cuestión sean unos u otros en función de la culpa o de otros criterios que se establezcan, como en otro momento se verá. Pero, en cualquier caso, se ha de resaltar que al menos algunos de los remedios estarán disponibles aunque no exista imputabilidad al deudor, lo que a primera vista pudiera distanciar la PM 2023, por ejemplo, de las reglas del *Code* francés reformado, y más claramente aún, del belga⁴⁹; incluso, como se ha dicho, del Derecho inglés⁵⁰.

Avanzando un poco más, la PM 2023 no circunscribe el incumplimiento a la actuación del deudor, sino que también considera como tal *la falta del deber de colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación* (art. 1171.3). La regla se sitúa en la senda de la tradición civilista de la llamada *mora creditoris*, aunque parece ir más allá de esta⁵¹. Así, abarca tanto la prohibición al acreedor de obstaculizar de cualquier modo el cumplimiento del deudor – por ejemplo, negando al prestador de servicios el acceso al lugar donde deben realizarse estos o no recibiendo injustificadamente la mercancía que se pretende entregar–, como la exigencia de conductas activas por parte del acreedor, como pudiera ser el suministro de datos o informaciones necesarias para que el deudor pueda cumplir, entre otros muchos supuestos. En esencia, esta disposición significa que el acreedor también puede ocasionar el incumplimiento, situación que no se hallaba explicitada en la PM 2009⁵², como tampoco se hizo después en el DCFR⁵³.

⁴⁸ Para el Código belga, GEORGE; COLSON; CATALDO, FOSSÉPREZ, 2023, p. 399.

⁴⁹ Cf. los ya citados artículos 5.224 y 5.83 CC belga, que aparentemente solo abren su panoplia de sanciones en caso *d'inexécution imputable au débiteur*; cf. NINANE, GERMAIN, 2023, pp. 435 ss.

⁵⁰ En los comentarios a PECL se explica que en Derecho inglés no se produce *breach of contract* si existe una causa de exoneración del incumplimiento, como por ejemplo la *frustration*; no es en cambio lo que afirma KÖTZ, 2017, pp. 242-243.

⁵¹ SCHMIDT, 2018, p. 158.

⁵² ROCA TRÍAS, 2024, p. 129, señala que el supuesto no aparecía directamente mencionado en la PM 2009 como tal supuesto, aunque en opinión de la autora, podía considerarse incluido en el segundo apartado del artículo 1188, que decía: «*Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*». Más adelante se volverá sobre esta regla.

⁵³ Las definiciones de cumplimiento e incumplimiento, respectivamente recogidas en el artículo III.-1:102 (2) y (3) DCFR, no mencionan en ningún momento al acreedor.

En realidad, la regla citada contenida en el artículo 1171.3 PM 2023 parece inspirada en el artículo 1:301 (4) PECL⁵⁴, si bien no es del todo coincidente con ella pues esta última no hace referencia explícita al acreedor, aunque sin duda incluye la infracción del deber de ambas partes de cooperar como un supuesto de incumplimiento⁵⁵.

Lo que en este punto me interesa destacar es que en el artículo 1171.3 PM 2023 la colaboración del acreedor se diseña como verdadero deber y no como una mera carga, apartándose con ello de nuestra doctrina más conspicua⁵⁶. Este diseño, tal y como ha sido plasmado en la PM 2023 de una manera ciertamente original respecto a los sistemas vecinos, plantea alguna perplejidad que me permito expresar a continuación.

La primera es que, si en verdad esa es la calificación merecida, se debería haber incluido el deber de colaboración o cooperación del acreedor de manera expresa en la disposición general destinada a positivizar el concepto de obligación (el ya citado artículo 1088 PM 2023), lo cual, tal y como hemos comprobado, no se ha hecho.

La segunda, me parece que también se debería incluir en el concepto de incumplimiento la falta de colaboración del acreedor en la ejecución de deberes no genuinamente prestacionales. Como antes se apuntó, estos deberes son bidireccionales, lo cual se refleja de modo muy imperfecto en la PM 2023, a diferencia de lo que sucede en el que parece haber sido su modelo, el varias veces citado artículo 1301 (4) PECL.

La tercera, es que no está claro si en este caso, a diferencia de lo que se ha dicho en relación con el deudor, la violación del deber de

⁵⁴ Norma general donde se contienen los significados de algunos de los principales términos utilizados en los PECL, y en cuyo punto 4 se dice: «*'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract*»; en consecuencia, la violación del deber de cooperar, que previamente los propios PECL enuncian en el artículo 1:202, se califica de verdadero y propio incumplimiento, a diferencia de lo que sucede en el III.- 1:102 (3) DCFR que no hace referencia a este deber de cooperar, aunque sí establece con carácter general que el concepto de *non-performance* incluye «*any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*», aunque luego se incluya en el II. -1:104 DCFR.

⁵⁵ Con carácter bilateral la cooperación entre deudor y acreedor se impone también como deber en el artículo 5.1.3. PICC, y en el ya citado artículo II.-1:104 DCFR. En cambio, la mayor parte de los ordenamientos nacionales no han introducido una norma similar, aunque sí manifestaciones concretas de este deber mutuo de colaboración o cooperación, además de derivarlo del principio general de buena fe (SCHMIDT, 2018, pp. 157-158).

⁵⁶ Para Díez-PICAZO, 2008, p. 136, la colaboración del acreedor para que el deudor pueda ejecutar la prestación no es un deber del acreedor; no engendra un deber de prestación a su cargo, porque generalmente el deber del acreedor es pagar la contraprestación, ni tampoco un deber accesorio de protección, porque en ningún caso pueden aplicarse las consecuencias propias del incumplimiento. Considera, en general, más acertada la visión tradicional e innecesaria la configuración del deber de colaboración del acreedor como verdadera obligación, aunque admite excepciones tanto legales como convencionales, SCHMIDT, 2018, p. 160.

colaboración tiene que ser imputable al acreedor para que pueda considerarse en verdad incumplimiento. En la línea afirmativa se sitúa, por ejemplo, el Código neerlandés cuando tipifica la *mora creditoris*⁵⁷. La propia idea de colaboración parece que apunta en este sentido, más cuando no hay un precepto similar al reproducido artículo 1171.2 PM 2023 que se refiera al acreedor. Sin embargo, tampoco parece sensato que cuando la falta de colaboración del acreedor sea totalmente fortuita –v.gr. no pudo aportar la información al deudor porque estaba en coma tras un accidente– el deudor no pueda utilizar determinados remedios.

En realidad, la calificación como obligación del llamado deber de colaboración del acreedor supone que su violación constituye un verdadero y propio incumplimiento, lo que nos lleva a preguntar por los concretos remedios que puede tener a su alcance el deudor de la obligación principal en tal situación. Al respecto el artículo 1187 PM 2023 se pronuncia expresamente cuando, después de sancionar en su apartado 1 que «*El acreedor tiene derecho a la indemnización por los daños que le cause el incumplimiento del deudor*», indica en el 2 que «*El deudor también tiene derecho a ser indemnizado por los daños que se cause el incumplimiento del deber de colaboración del acreedor*». Aunque nada se dice del resto de los remedios ante el incumplimiento recogidos en la Propuesta, no parece descabellado considerar que el deudor podrá suspender su propio cumplimiento o incluso resolver el contrato cuando el incumplimiento del deber de colaboración de la otra parte merezca la calificación de esencial; en cambio, aunque en teoría ese mismo deudor pueda exigir el cumplimiento específico del deber de colaboración, si este no se produce voluntariamente no le quedará más opción que recurrir a los otros remedios.

El cuarto y último apartado del artículo 1171 PM 2023 pretende redondear la noción de incumplimiento, con el siguiente tenor literal: «*Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por su acción u omisión*»⁵⁸. Esta regla viene a significar que la parte que ha causado el incumplimiento de la otra (y aquí sí se refleja la bidireccionalidad antes omitida o, cuando menos, deficientemente expresada), sea por su propio comportamiento o sea por su omisión,

⁵⁷ Article 6:58 «*Creditor himself prevents the performance of the debtor's obligation*»: «*The creditor defaults (gets in default himself) when the debtor is unable to perform the obligation because the creditor does not grant the necessary assistance for this purpose or because of another obstacle on the side of the creditor, unless the cause of the debtor's inability to perform cannot be attributed to the creditor*».

⁵⁸ Coincidente con el apartado segundo del artículo 1188 PM de 2009, que a su vez puede considerarse inspirado en el artículo 80 CISG, conforme al cual: «*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella*».

no puede exigir a esta última ninguno de los remedios derivados del incumplimiento consecuente, que es lo que de manera más explícita dicen tanto el artículo 8: 101 (3) PECL⁵⁹ como el artículo 7.1.2 PICC⁶⁰ y III.-3:101 (3) DCFR⁶¹; en palabras de Morales Moreno en relación el precepto homólogo de la PM 2009, este no excluye la idea de incumplimiento, pero le priva de operatividad jurídica⁶².

Es evidente que existe una estrecha relación entre la última regla reproducida y la que impone la necesaria colaboración de las partes en el cumplimiento de la obligación, recogida en el apartado anterior del mismo artículo (art. 1171.3). Sin embargo, ambas no se identifican, pues una cosa es que una parte no colabore en el cumplimiento de la otra, y otra diferente que su actitud sea la causa del incumplimiento de esta última⁶³. Por ejemplo, el acreedor ha podido no suministrar al deudor determinadas informaciones que este necesitaba para cumplir, a pesar de lo cual dicho deudor las ha obtenido por otras vías y ha cumplido tempestivamente: en este caso hay incumplimiento del deber de colaboración del acreedor, pero dicho incumplimiento no ha causado el de la otra parte.

Sin embargo, creo que no hay margen para contemplar que, a pesar de cumplir escrupulosamente con su deber de colaboración en el sentido antes expresado (incluyendo su esfera de riesgo), el acreedor haya podido causar el incumplimiento del deudor. Siendo así, de producirse el cumplimiento del deber de colaboración del acreedor, el deudor no podría en ningún caso oponer que su propio incumplimiento ha sido causado por el acreedor.

En cualquier caso, en virtud de este último apartado, el incumplimiento del deber de colaboración por parte del acreedor no solo abriría al deudor la posibilidad de utilizar alguno de los remedios frente al incumplimiento (artículo 1171.3), en la línea ya expresada más arriba, sino que también impediría que el acreedor pudiera utilizar cualquiera de esos remedios a su favor frente al deudor

⁵⁹ Artículo 8:101 PECL: «(3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance».

⁶⁰ Artículo 7.1.2 PICC: «(Interference by the other party) A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event for which the first party bears the risk».

⁶¹ Artículo II.-3:101 (3) DCFR no recoge una redacción bilateral, sino que establece una regla de corresponsabilidad del acreedor: «The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance».

⁶² MORALES MORENO, 2014, p. 44. En cambio, para el comentarista del artículo 7.1.2 PICC, cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento (UNIDROIT, 2018, p. 246).

⁶³ Como reconocía MORALES MORENO, 2014, p. 45, en relación con el precedente de la PM 2009, habría de existir una relación de causalidad entre el incumplimiento alegado, que no puede ser invocado, y la conducta del sujeto que lo invoca.

(artículo 1171.4), lo que coincidiría con la idea de carga del acreedor y la tradicional sanción que lleva aparejada su violación.

3.3 REGULACIÓN ARTICULADA DE LOS REMEDIOS O CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO Y ENUMERACIÓN. TRAZOS GENERALES Y REGLAS DE COORDINACIÓN

3.3.1 Enumeración

Superando la construcción desmembrada o desarticulada propia de los sistemas continentales⁶⁴ y, en consecuencia, de nuestro Código civil, la PM 2023 adopta el sistema de lista de remedios ante el incumplimiento propio de la mayoría de los textos modernos en materia de contratos⁶⁵, incluidos, entre los últimos, los Códigos civiles francés⁶⁶ o belga⁶⁷. No está de más apuntar que, aunque muchos de los textos citados hasta ahora se inspiran en la CISG, aquellos mejoran la técnica legislativa de esta al establecer el elenco de los remedios existentes de modo previo a su regulación y a continuación de la definición (o intento de definición) del concepto de incumplimiento⁶⁸.

En nuestra Propuesta este es el objetivo del artículo 1173 PM 2023, cuya rúbrica es, precisamente, «Remedios» el destinado a recogerlos, con el siguiente tenor:

1. *En caso de incumplimiento del contrato podrá el contratante insatisfecho ejercitar los siguientes remedios:*

1.º *Exigir el cumplimiento de la obligación.*

2.º *Reducir el precio.*

⁶⁴ En palabras de DIEZ-PICAZO; ROCA TRIAS, MORALES MORENO, 2002, pp. 319.

⁶⁵ También la PM 2009, en su artículo 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 sufridos*».

⁶⁶ Según CHANTEPIE, LATINA, 2018, p. 559, el hecho de que el nuevo artículo 1217 *Code* emplee la terminología clásica de *sanctions* y no de *remèdes* no debe conducir a pensar que se mantiene una concepción tradicional del incumplimiento relacionada con la sanción del deudor más que la satisfacción del interés del acreedor. Es, en el fondo, y no tanto en la terminología utilizada, opinan los autores, donde debe juzgarse la modernidad del texto. En FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1064, el último autor estima que el término *sanction* no tiene por qué tener una connotación punitiva frente al deudor incumplidor.

⁶⁷ Los artículos 5.224 y 5.83 utilizan el término *sanctions*; pero la rúbrica que antecede a este último es «*L'inexécution de l'obligation contractuelle et ses conséquences*» incluye la inejecución imputable al deudor y la que no se le puede imputar.

⁶⁸ Para ROCA TRÍAS, 2024, p. 127, resulta un acierto la aceptación del sistema que distingue el incumplimiento de los remedios al incumplimiento, al considerar que uno de los problemas que plantea la regulación actual del Código civil estriba precisamente en esta superposición entre el hecho y sus consecuencias.

- 3.º *Suspender el cumplimiento de su obligación.*
- 4.º *Resolver el contrato.*
- 5.º *Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido.*

2. *Los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados. La indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios.*

3. *Los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas.*

De entrada, hay que recordar que la enumeración conjunta de los remedios no significa que todos ellos sean procedentes para todo tipo de obligaciones y en todas las situaciones de incumplimiento. Bastaría señalar, para comprobarlo, que la enumeración de los cinco remedios mencionados en el artículo 1173.1 PM 2023 está pensada para una relación surgida de un contrato bilateral, del que nacen obligaciones sinalagmáticas, pues solo en este caso tienen sentido la resolución, la suspensión del propio incumplimiento o la reducción del precio o de la contraprestación que corresponda. Por el contrario, tanto la pretensión de cumplimiento como la indemnización de daños pueden tener sentido también en obligaciones unilaterales.

Pero, además, como se ha anticipado, es precisamente a la hora de definir las circunstancias que permiten el recurso a los diferentes remedios cuando, a partir del carácter general, abstracto y neutral del concepto de incumplimiento, se van concretando los requisitos que van a posibilitar o no el recurso a cada uno de ellos⁶⁹. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 1181.1 PM 2023 el incumplimiento que permite abrir paso a la resolución ha de ser, como regla de principio, esencial⁷⁰; o la indemnización de daños no será procedente cuando concurran ciertas circunstancias previstas en el artículo 1191 PM 2023 que excepcionan la obligación de indemnizar.

En fin, que se puede decir que los remedios normativamente articulados⁷¹ son, como bien dice Morales Moreno, el modo de repartir entre los contratantes el riesgo del incumplimiento⁷².

⁶⁹ MORALES MORENO, 2014, pp. 31-32 y p. 57.

⁷⁰ Aunque justo es reconocer que este precepto no resulta demasiado expresivo sobre el significado del vocablo esencial, sobre todo si se compara con los textos que le han servido de modelo, como el artículo 8:103 PECL o el III:3:502 DCFR. La referencia del artículo 1181.1 PM 2023 a «atendida la finalidad del contrato» resulta, con probabilidad, demasiado parca e insuficiente.

⁷¹ MORALES MORENO, 2014, p. 30.

⁷² MORALES MORENO, 2009, p. 208.

3.3.2 Supuesta prioridad de la pretensión de cumplimiento

Aunque el párrafo inicial del artículo 1173 PM 2023 parece dejar al contratante insatisfecho la facultad de elegir el remedio ante el incumplimiento de la otra que mejor sirva a sus intereses, el texto del artículo 1176 no solo se rubrica como «Presupuesto para el ejercicio de otros remedios», sino que su contenido da una más que aparente prioridad a la pretensión de cumplimiento sobre el resto. Dice así el precepto citado: *«El acreedor que hubiere pretendido el cumplimiento de una obligación no pecuniaria y no hubiere obtenido la satisfacción de su derecho oportunamente o dentro del plazo razonable que le hubiera fijado al deudor, podrá ejercitar los restantes remedios de conformidad con las disposiciones de este capítulo»*.

La norma no obliga al acreedor insatisfecho a exigir en primer lugar y en cualquier circunstancia el remedio del cumplimiento —lo que en algunos casos sería, ciertamente, absurdo—, pero sí expresa que cuando lo hace —se supone que porque todavía tiene interés en dicho cumplimiento—, antes de recurrir a otros remedios puede otorgar al deudor una última oportunidad de cumplir ofreciéndole un tiempo suplementario que será fijado por el propio acreedor, luego del cual podrá ejercitar los restantes remedios.

Para comprender lo que se me antoja el cabal alcance de la regla reproducida conviene explicar que, contrariamente a lo que se hace en el Derecho inglés o en los textos internacionales que venimos barajando, los ordenamientos continentales más conocidos hacen depender la reclamación de daños por incumplimiento y la resolución, bien de la previa puesta en mora del deudor [art. 1231 *Code civil* francés⁷³, art. 6:265 (2) neerlandés, art. 5.231 belga⁷⁴ o § 286 BGB, *Mahnung*], o bien del establecimiento de un plazo suplementario para cumplir (*Nachfrist*, §§ 281 y 323 BGB), de modo que en este último caso el deudor sea consciente de que si no cumple en ese plazo adicional el contrato se extinguirá y deberá pagar los daños correspondientes. No obstante, hay circunstancias en las que ni la mora previa ni el plazo suplementario son precisos porque, por ejemplo, el deudor declara que no cumplirá o porque el cumplimiento se le ha hecho imposible o

⁷³ En realidad, aunque el precepto se refiere únicamente a la indemnización de daños y perjuicios, tanto compensatorios como moratorios, la puesta en mora es un presupuesto necesario a para todas las sanciones derivadas del incumplimiento, salvo para la excepción de inejecución, tal y como reconocen CHANTEPIE, LATINA, 2018, p. 624.

⁷⁴ La mora como presupuesto para la puesta en marcha de las sanciones previstas en el nuevo CC belga, NINANE, GERMAIN, 2023, p. 437.

porque el propio contrato establecía la fecha límite para el cumplimiento o porque es de interés de ambas partes la resolución inmediata⁷⁵, por mencionar algunas de las circunstancias más significativas.

Entiendo que el texto de la PM 2023 acoge la idea del plazo suplementario para el cumplimiento, aunque no lo hace como una exigencia, al modo del *Nachfrist* alemán, sino como una decisión voluntaria del acreedor, postura que coincide con la adoptada en los textos internacionales⁷⁶. Por supuesto, el otorgamiento del plazo añadido carece de sentido en supuestos como los descritos en el párrafo anterior, en los que ningún interés tendrá el acreedor en plantear voluntariamente un periodo adicional para que el deudor cumpla.

Por el contrario, si teniendo todavía interés en el cumplimiento, el acreedor opta por fijar al deudor un plazo adicional para cumplir, el acreedor queda vinculado por su propia decisión, de modo que durante ese tiempo no puede cambiar de opinión y recurrir a los otros remedios, que es lo que dice el artículo 1176 PM 2023.

En resumen, es el propio acreedor quien, al conceder el plazo adicional, está también sancionando una jerarquía de remedios; más en concreto, está dando prioridad a la pretensión de cumplimiento sobre la resolución del contrato⁷⁷. Con todo, es justo reconocer que, en la práctica y salvo que carezca de sentido, será frecuente que el acreedor le dé al deudor incumplidor una segunda oportunidad para cumplir, tanto más cuanto que la fijación del plazo adicional es requisito para la operación de reemplazo prevista en el artículo 1194 PM 2023⁷⁸.

La explicación sobre plazo adicional debe ser completada con otra regla contenida en la PM 2023, en este caso en sede de reso-

⁷⁵ §§ 286 (2) núm. 4 o 323 (1) BGB; Kötz, 2017, p 243, afirma que precisamente porque se dan todas estas excepciones ni el *common law* ni los textos internacionales exigen el plazo suplementario como prerrequisito necesario para la resolución del contrato.

⁷⁶ Artículo 47 (1) CISG, artículo 8:106 (1) PECL, artículo 7.1.5. PICC (1), artículo III. 3:103 DCFR. En los comentarios a este último se dice que el párrafo primero, que contiene la posibilidad de otorgar el plazo adicional para cumplir al deudor, no es estrictamente necesario y que, respecto al efecto suspensivo respecto a otros remedios, a la misma conclusión se llegaría por los requerimientos del principio de buena fe. Aborda la cuestión con carácter general, KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1159.

⁷⁷ En el mismo sentido, comentando el artículo 8:106 (1) EPCL, KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1154, quien entiende que es una manifestación del *favor contractus*, que también inspiraría el artículo 8:104 EPCL (cf. artículo 1183 PM 2023, que no es exactamente equivalente, pero tiene la misma inspiración).

⁷⁸ La rúbrica del artículo 1194 no ha sido afortunada; «Indemnización en lugar de cumplimiento» parece aludir a la pretensión de cumplimiento por equivalente, en lugar de a lo que se regula en el precepto, que no es sino la conocida como operación de reemplazo que permite al acreedor buscar en el mercado la prestación incumplida por el deudor. Sobre esta figura, VARGAS BRAND, 2023, *passim*.

lución⁷⁹. Me refiero al artículo 1181 (2)⁸⁰, conforme al cual: «*En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, aunque no sea esencial, el acreedor también podrá resolver el contrato si el deudor, en el plazo razonable que aquel le hubiera fijado, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad*».

Este es, con probabilidad, el efecto más importante de la fijación del plazo adicional por parte del acreedor insatisfecho⁸¹: después de que el apartado primero del mismo artículo 1181 exija que el incumplimiento sea esencial para que pueda dar lugar a la resolución, el apartado segundo excepciona dicha exigencia en el caso de que el deudor no cumpla en el plazo razonable que se le hubiera concedido; transcurrido el plazo el acreedor podrá resolver el contrato.

Dos puntualizaciones me parecen oportunas en relación con esta última norma: la primera que el plazo fijado por el deudor ha de ser razonable y la segunda que la resolución no es, en principio, automática.

La razonabilidad del plazo habrá de ser valorada en relación con el caso concreto, de modo que resulte suficiente para que el deudor pueda cumplir efectivamente en ese nuevo tiempo, pues en otro caso la concesión del plazo, que recordemos que es voluntaria, sería más bien un brindis al sol que además podría considerarse contrario a la buena fe⁸². En esta línea, los textos internacionales aclaran que si el periodo fijado es demasiado corto o bien ha de entenderse extendido por un periodo razonable –artículo 7.1.5. (3) PICC– o bien el acreedor solo podrá resolver después de que haya transcurrido un tiempo razonable desde que notificó al deudor el plazo adicional –artículos 8:106 (3) in fine EPCL, III.-3:503 DCFR–.

El artículo 1181.2 PM 2023 no establece de modo directo que transcurrido el plazo razonable fijado por el acreedor se produzca

⁷⁹ Opción sistemática que sigue al artículo 49 (1) b) CISG y al artículo III.3:503 DCFR, a diferencia de lo que hacen otros instrumentos de *soft law* que la sitúan entre las normas del incumplimiento, como sucede con los artículos 8:106 (3) EPCL o 7.1.5 (3) PICC.

⁸⁰ El plazo adicional se menciona también en el artículo 1164 PM 2023, entre las reglas destinadas a la compensación; bajo la rúbrica «Plazo de gracia y compensación», este artículo establece: «*El plazo de gracia dado por el acreedor para cumplir no es obstáculo para la compensación*».

⁸¹ En su comentario al artículo 47 CISG, que en su párrafo primero establece la posibilidad del plazo suplementario y en el segundo el efecto suspensivo, señala la íntima conexión entre este artículo y el 49 (1) b), hasta el punto de limitar la eficacia de aquel prácticamente a lo que dice este, LÓPEZ y LÓPEZ, 1996, pp. 423-424.

⁸² En el mismo comentario citado en la nota precedente, LÓPEZ y LÓPEZ, 1996, p. 425 considera que la razonabilidad se ha de valorar atendidas las circunstancias, entre las cuales se debe valorar que el término concedido permita al vendedor atender sus obligaciones contractuales sin desmesurados esfuerzos, y lo suficientemente amplio para que no sea, ante una imposibilidad real de obsequio del mismo, un puro *alibi* del comprador para legitimar una resolución que le fuera conveniente más allá de los imperativos de la buena fe.

de modo automático la resolución; se limita a señalar que en esa circunstancia el acreedor podrá resolver el contrato. Al respecto es de interés recordar que los textos internacionales reconocen expresamente que en la comunicación dirigida al deudor en la que el acreedor le otorga un plazo adicional para cumplir puede también indicar que, de no producirse el cumplimiento en dicho periodo, el contrato se resolverá automáticamente. Creo que esta es también la mejor respuesta en el contexto de la PM 2023, de modo que en esa concreta circunstancia no será precisa ninguna intervención ni judicial ni de otro tipo para acreditar el carácter resolutorio del incumplimiento, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1126 *Code civil* francés⁸³ o en el artículo 5.90 del belga⁸⁴, los cuales regulan el control judicial *a posteriori* de la entidad del incumplimiento.

3.3.3 Elección, compatibilidad y acumulación de remedios

La elección entre uno u otro remedio corresponde, en principio, a la parte que no ha incumplido (el contratante insatisfecho, según

⁸³ Artículo 1126: «*Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.*

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution».

A pesar de que la admisión de la resolución por notificación del acreedor ha sido considerada una de las innovaciones más notables de la reforma francesa de 2016-2018, el *Code*, siguiendo la jurisprudencia *Tocqueville*, permite que el deudor pueda en todo momento acudir al juez para contestar la resolución unilateral, de modo que el acreedor tendrá siempre que probar la gravedad del incumplimiento alegado, todo ello con el fin de evitar resoluciones abusivas, según reconocen CHANTEPIE, LATINA, 2018, p. 624; CHÉNÉDÉ, 2023, pp. 177-180.

⁸⁴ Artículo 5.90: «*Droit à la résolution.*

Le contrat synallagmatique peut être résolu lorsque l'inexécution du débiteur est suffisamment grave ou lorsque les parties sont convenues qu'elle justifie la résolution.

Le contrat peut aussi être résolu, dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier.

La résolution résulte d'une décision de justice, de l'application d'une clause résolutoire ou d'une notification du créancier au débiteur, conformément aux articles 5.91 à 5.94.

Lorsqu'une réparation complémentaire à la résolution est accordée, elle vise à placer le créancier dans la même situation que si le contrat avait été exécuté».

Sobre el control judicial para apreciar la gravedad del incumplimiento en cualquiera de los supuestos de resolución previstos en el CC belga, NINANE, GERMAIN, 2023, pp. 472 ss.

el reproducido artículo 1173.1 PM 2023), pero es claro que esa facultad de elección no puede ejercitarse de modo abusivo o contrario a la buena fe. En este sentido, por ejemplo, el artículo 1174 PM 2023 reconoce siempre a la parte acreedora la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación pecuniaria; además, puede pedir el cumplimiento de una obligación no pecuniaria siempre que el deudor no se oponga, alegando que el cumplimiento es jurídica o físicamente imposible, o –en lo que ahora nos interesa– que «no es razonable exigir el cumplimiento teniendo en cuenta la naturaleza de la relación obligatoria»⁸⁵.

Además, de conformidad con el artículo 1173.2 PM 2023, los distintos remedios son acumulables en la medida en que sean compatibles. Puesto que no se dice nada al respecto, cabe entender que la compatibilidad o incompatibilidad puede derivar tanto de la naturaleza de las cosas, como de la ley o de la voluntad de las partes.

En ciertos casos este principio, que podemos llamar de coherencia⁸⁶, conduce a reglas claras que ya han sido consagradas en la doctrina y la práctica españolas⁸⁷. Así, por ejemplo, el acreedor tendrá frente al deudor incumplidor la facultad de elegir la pretensión de cumplimiento o la resolución, pero no puede exigir las dos cosas a la vez, como ya reconoce ahora el vigente artículo 1124 CC. El mismo artículo 1173.2 PM 2023 admite que la indemnización de daños puede acumularse con los otros remedios, siempre que se cumplan sus correspondientes presupuestos. No obstante, en el caso de la reducción del precio esos daños, para ser indemnizables, tienen que ir más allá del desvalor de la cosa, pues de lo contrario se estaría violando el citado principio de coherencia. Este mismo principio inspira el artículo 1196.1 PM.1 cuando establece: «El acreedor no podrá reclamar la indemnización convenida ni la pena convencional si ejercita con éxito la pretensión para obtener el cumplimiento o la subsanación del cumplimiento defectuoso, pero podrá reclamar la prestación convenida para el retraso».

Pero lo cierto es que un estudio más profundo de los distintos remedios y de los supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

⁸⁵ De manera más explícita y concreta, el artículo 1221 *Code français* recoge la imposibilidad de imponer la ejecución forzosa *in natura* en caso de desproporción manifiesta entre su coste para el deudor de buena fe y su interés para el acreedor. Para FLOUR; AUBERT, SAVAUX, 2024, p. 1065, se trata de una de las innovaciones mayores introducidas por la Ordenanza de 2016 en la disciplina de la inexecución, con la consecuencia de una parte, de desdibujar los límites entre las diferentes sanciones, y de otra, de instaurar una condición de proporcionalidad que no había sido deseada.

⁸⁶ Fórmula que ha tenido fortuna en Derecho belga; cf. GEORGE; COLSON; CATALDO, FOSSÉPREZ, 2023, p. 406.

⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1049.

entre ellos es bastante más complejo de lo que a primera vista se desprende de las normas citadas y necesita de matices que solo pueden explicarse con el análisis detenido de cada uno de esos remedios o consecuencias, tarea que como se ha ya anunciado, no voy a acometer aquí.

En todo caso, los principios y reglas legales sobre la relación entre los distintos remedios son de naturaleza supletoria, de modo que las partes pueden pactar otras reglas, por ejemplo, extendiendo, limitando o descartando algunos remedios en función de las circunstancias (cláusulas resolutorias, cláusulas penales, cláusulas exoneratorias, etc.).

Estos pactos tienen, no obstante, sus propios límites. A diferencia de lo que sucede en algunos textos del *soft law*, donde esos límites se expresan en relación con todos los remedios⁸⁸, la Propuesta de 2023 alude exclusivamente al remedio indemnizatorio en su artículo 1193 PM 2023. Bajo la rúbrica «Modificación convencional de la responsabilidad» dicho artículo establece:

1. *Las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños.*
2. *Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario.*

Con esta última regla se plantean algunos problemas derivados del tenor del artículo 1190.3 PM 2023, según el cual: «*El mero incumplimiento voluntario no implica, necesariamente, una conducta dolosa del deudor*», con lo que a primera vista parece que cualquier incumplimiento voluntario, aunque no sea doloso (y a salvo lo que después se dirá sobre el incumplimiento por culpa grave) impediría la utilización de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad. No creo, sin embargo, que esta sea la solución querida por la Propuesta. No es la vigente en nuestro Derecho (*cf.* artículo 1102 CC) ni tampoco es la que prevalece en el Derecho comparado. Más bien parece que el término voluntario del citado artículo 1193.2 *in fine* debería ser sustituido por el calificativo de doloso o, si se optara reservar este vocablo para el dolo en el proceso de formación del contrato, debiera ser cambiado por el de incumplimiento intencional⁸⁹; está última opción obligaría a modificar también la referencia al dolo del artículo 1190 PM 2023.

El transcrito artículo 1193 PM 2023 dibuja los contornos en los que el deudor puede invocar frente al acreedor cláusulas contrac-

⁸⁸ Artículo 8:109 PECL; artículo III.-3:105 DCFR; artículo 7.1.6. PICC.

⁸⁹ Término utilizado en el III.-3:105 DCFR y en el CC belga; para este último, GEORGE; COLSON; CATALDO, FOSSÉPREZ, 2023, pp. 443-444.

tuales que excluyan o limiten la responsabilidad contractual del deudor en su sentido más estricto, esto es, en lo que afecta al remedio indemnizatorio. También en los casos en los que el acreedor puede exigir una mayor responsabilidad al deudor.

De nuevo me disculpo por no poder profundizar aquí en el estudio de todos los perfiles posibles de este tipo de cláusulas. Solo apuntaré que pueden haber sido objeto de negociación entre las partes, pero también pueden proceder de clausulados predispuestos, en cuyo caso quedarán sometidos a las reglas propias de este tipo de contratación que establecen mayores controles. Igualmente, existen normas especiales destinadas a asegurar el equilibrio contractual en relaciones en las que una de las partes está en situación de desventaja con respecto a la otra, siendo el caso paradigmático el de las relaciones contractuales entre empresarios y consumidores, de cuyas reglas especiales no me haré tampoco eco ahora.

Volviendo al reproducido artículo 1193 PM 2023, de su texto se deriva que las cláusulas de exclusión o limitación pueden implicar la exclusión de toda indemnización, o lo que sin duda es más frecuente, su limitación; y ello tanto en sentido cuantitativo, como en lo que se refiere a los tipos de daños indemnizables; por ejemplo, excluyendo los daños extrapatrimoniales, o entre los patrimoniales, excluyendo el lucro cesante.

Como se ha dicho, quedan proscritas por la norma las exclusiones o limitaciones en caso de incumplimiento voluntario (*rectius*, doloso o, si se considera más oportuno, intencional). Con la regulación actualmente vigente se apuesta por incluir también en la prohibición el supuesto de incumplimiento por culpa grave del deudor, lo que es también habitual en el ámbito internacional⁹⁰ y comparado. Sin embargo, y tomando en consideración que tal opción ni es unánime⁹¹, ni está exenta de críticas⁹², no estaría de más que la referencia a la culpa grave, en uno u otro sentido, se hiciese de modo expreso.

Pero, más allá de esta referencia expresa, también deben entenderse nulas todas aquellas cláusulas referentes a la responsabilidad del deudor que supongan la violación de una norma imperativa o

⁹⁰ Artículo III.-3:105 DCFR.

⁹¹ El artículo 5.89.1 CC belga admite la exclusión o limitación por culpa grave tanto del deudor, como de la persona de la deba responder; cf. GEORGE; COLSON; CATALDO, FOSSÉPREZ, 2023, pp. 446-447.

⁹² TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, 2024, pp. 461-536; el autor se plantea si la culpa grave equivale al dolo a efectos de cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual, muy frecuentes en los contratos de compraventa de activos o sociedades. Con variedad de argumentos, entiende que con carácter general es lícito limitar convencionalmente la responsabilidad contractual por culpa grave entre empresarios.

de un principio básico del ordenamiento jurídico, como claramente se deriva del artículo 1219.2 PM 2023, donde se recogen los límites generales a la libertad contractual. Así, por ejemplo, no podrá excluirse la indemnización por daños morales en caso de que la cláusula sea discriminatoria, o por daños personales en las prestaciones de servicios médicos, por citar algunas de las más evidentes. La buena fe mencionada en el artículo 1220 PM 2023 actuará también como límite o contrapeso de esa libertad contractual en este tipo de cláusulas.

Aunque, como se ha dicho, la Propuesta 2023 solo alude expresamente a la modificación convencional que afecta al remedio indemnizatorio, creo que los límites a su validez que se establecen para este son igualmente aplicables con relación al resto de los remedios, aunque tal vez se debería repensar su inclusión expresa en la línea, por ejemplo, del artículo 8:109 EPCL⁹³.

3.4 LOS REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO COMO PARADIGMA

Como ya se ha dicho anteriormente, tanto en la PM 2023 como en su precedente de 2009, el incumplimiento se regula en el Título I del Libro IV del CC, esto es, en la Teoría general de las obligaciones y no en el lugar correspondiente de la Teoría del contrato, lo que hubiera significado su traslado al Título II, al modo en que se ha hecho, por ejemplo, en el reformado *Code civil* francés.

Pero lo cierto es que, a pesar de esta ubicación en el título de las obligaciones, toda la regulación se ha hecho pensando en el incumplimiento del contrato. Basta leer, para comprobarlo, algunos de los preceptos más significativos del capítulo, comenzando por el artículo 1173, destinado a enumerar y ordenar los remedios ante el incumplimiento, y que comienza diciendo «*En caso de incumplimiento del contrato...*».⁹⁴ La razón no está solo en que el contrato da origen y contenido a la mayor parte de las relaciones obligatorias y, probablemente, a las más importantes, sino también porque la visión tradicional de los códigos civiles decimonónicos se proyectaba sobre el incumplimiento de obligaciones de

⁹³ Artículo 8:109: «*Clause Excluding or Restricting Remedies: Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction*».

⁹⁴ Se puede mencionar también el artículo 1178.1. «*La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato...*»; artículo 1181.1 «*Cualquiera de las partes de un contrato signalagmático podrá resolverlo...*»; artículo 1182. «*La facultad de resolver el contrato...*», entre otros.

carácter unilateral⁹⁵, mientras que la perspectiva actual plantea el incumplimiento pensado, sobre todo, en las relaciones obligatorias bilaterales que suelen derivar del contrato⁹⁶, las cuales son contempladas casi de modo marginal o excepcional en el Código civil vigente ⁹⁷.

Conviene advertir que este planteamiento desde el contrato no impide, sino todo lo contrario, que el sistema diseñado pueda ser utilizado, con las debidas adaptaciones, a otro tipo de relaciones obligatorias. Así se pronuncia el artículo 1173.3 PM 2023 cuando establece: «*Los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas*»⁹⁸.

Confieso que la fórmula utilizada no resulta especialmente clara, e incluso puede tildarse de incompleta. Con todo, su significado querido es que, al igual que sucede en el BGB⁹⁹, las normas sobre los remedios que están a disposición de la parte que sufre el incumplimiento son también aplicables, en la medida que se correspondan con la naturaleza concreta de la relación, entre otras a la responsabilidad extracontractual, al enriquecimiento sin causa o a cualquier obligación legal o de fuente unilateral. Pero lo cierto es que aquí también habría que introducir matices y reglas especiales, que parecen faltar en la PM 2023 publicada, pues como ya advirtió Pantaleón en su día, la específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, no siempre puede extenderse a otro tipo de obligaciones¹⁰⁰.

⁹⁵ Nos recuerda MORALES MORENO, 2009, pp. 196-197, que el modelo de obligación que contempla la regulación general de nuestro Código civil, incluso en lo que se refiere al incumplimiento, es el modelo de la obligación unilateral, y no el de la obligación bilateral o sinalagmática. Ello se explica por la tradición iusnaturalista que utilizó este modelo para constituir el concepto de contrato, tradición en la que se inspira Pothier. Añade MORALES MORENO que, como consecuencia de este planteamiento, la regulación general del incumplimiento solo toma en cuenta, directamente, los remedios propios de la obligación unilateral (acción de cumplimiento y pretensión indemnizatoria), y que la resolución por incumplimiento no está considerada como un remedio contractual, sino como una condición implícita. Reitera estas ideas en MORALES MORENO, A. M., 2006, p. 17-54, espec., pp. 21-22.

⁹⁶ Recuerda DEL OLMO GARCÍA, 2022, p. 856, que el nuevo modelo regula el incumplimiento del contrato, no el de la obligación.

⁹⁷ GARCÍA PÉREZ, 2011, pp. 330-368, espec., p.p. 334-335.

⁹⁸ Me parece una regla más sencilla y clara que la adoptada, por ejemplo, en el CC belga, de innecesaria complejidad.

⁹⁹ EBERS, 2003, ADC, p. 1595.

¹⁰⁰ PANTALEÓN PRIETO, 1991, ADC, p. 1020; también, PANTALEÓN PRIETO, 1993, ADC, p. 1719.

4. LA SUPRESIÓN DE LA DISCIPLINA DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

La última parte de este trabajo la destinaré a explicar por qué con el nuevo modelo de incumplimiento que se plasma en la PM 2023 no es necesaria, ni siquiera conveniente, la inclusión de reglas relativas a la transmisión del riesgo, ni en la parte general de las obligaciones y contratos, ni tampoco, en particular, en el régimen de la compraventa; precisamente por ello la PM 2023 no incluye este tipo de reglas y, además, deroga el artículo 1452 CC.

Es bien sabido que la disciplina especial de la transmisión del riesgo en la compraventa ha sido frecuentemente cuestionada cuando no directamente criticada, tanto en su análisis histórico como en su plasmación en el Derecho positivo, particularmente en el caso español. En el momento actual estas críticas no han hecho sino acrecer, sencillamente porque los planteamientos que derivan del nuevo Derecho de contratos ponen muy seriamente en cuestión el sentido de mantener esta disciplina.

Aunque, con toda probabilidad, la explicación ideal exigiría mayores desarrollos de los que puedo hacer en este lugar¹⁰¹, baste ahora recordar que, tal y como señalábamos en los primeros párrafos de este trabajo, a partir de la CSIG se produce un giro en la forma de concebir la vinculación contractual para reforzar la satisfacción del interés del acreedor. Asimismo, se superan las concretas y dispersas desviaciones del programa de la prestación que venían siendo tratadas de manera dispersa en los Códigos civiles, que ahora convergen en la unitaria noción de incumplimiento que se ha explicado en los apartados anteriores y, finalmente, se disciplinan de modo ordenado los remedios ante ese incumplimiento, con el fin de satisfacer aquel interés del acreedor protegido por el contrato. Como muy bien ha explicado Morales Moreno, contrato y remedios ante el incumplimiento son ahora los que articulan el reparto de riesgos entre los contratantes¹⁰².

Con la nueva comprensión del incumplimiento, los antiguos problemas de «pérdida y deterioro fortuitos» que, por ejemplo, menciona el artículo 1452 CC son, en realidad, problemas de incumplimiento de las obligaciones de entrega y conformidad; son

¹⁰¹ A explicar por qué no hace falta este régimen especial sobre transmisión del riesgo, de modo exhaustivo, con análisis histórico, comparado y práctico, VARELA CASTRO, 2023, *passim*. Recientemente, en un estudio más acotado y con especial referencia al Derecho francés e italiano, VARELA CASTRO, 2024, pp. 125-152.

¹⁰² MORALES MORENO, 2009, pp. 205-208.

problemas de incumplimiento¹⁰³. Sucede que en la nueva lógica el vendedor responde por ambos incumplimientos, que es justo lo contrario de lo que hace la clásica y especial disciplina de la transmisión del riesgo.

Pero, incluso más allá de este giro estructural básico que afecta al concepto de incumplimiento, el artículo 1452 CC ha sido siempre polémico en su interpretación, de modo que se puede decir que quienes lo han estudiado han reiterado la necesidad de su reforma, aunque siempre ha habido discrepancias en el modo de plantearla.

A primera vista y atendiendo al nuevo modo de entender el incumplimiento, una manera de proceder podría ser la siguiente: puesto que lo razonable es hacer responder al vendedor por el incumplimiento tanto de la obligación de entrega como de la obligación de entregar el bien conforme con el contrato, se debe desplazar el momento de la transmisión del riesgo desde la perfección del contrato al momento previsto para la entrega; para ello se pueden incluir en el sistema una o varias reglas *ad hoc* como hacen la CSIG y la mayor parte de los textos que se inspiran en ella.

Pero como demuestra Varela Castro en las páginas que dedica a apartarse de esta eventual opción legislativa¹⁰⁴, el citado proceder implicaría lo siguiente: si la tradicional transmisión del riesgo parte de que hay un incumplimiento del vendedor que el comprador no puede remediar, trasladarla al momento de la entrega conforme supone, en realidad, establecer que cuando el vendedor cumple, el comprador no puede remediar y además tiene que cumplir. Sucede que esta respuesta es, a todas luces, una obviedad derivada de las reglas generales: en caso de cumplimiento no hay que abordar ni el incumplimiento ni sus remedios. Por tanto, no hacen falta otras reglas específicas sobre transmisión del riesgo, las cuales no solo serían inútiles, sino que podrían ser contraproducentes en la medida en que podrían llegar a desnaturalizar su originaria función¹⁰⁵. Decir que el riesgo se transmite en el momento de la entrega supone una tautología y una duplicidad innecesaria; en consecuencia, lo mejor es no decirlo. Otra cosa es que en ciertos casos concretos y

¹⁰³ MORALES MORENO, 2014, p. 33, desarrolla la idea este mismo autor, en relación al derecho vigente, en 2014, pp. 115 ss.

¹⁰⁴ VARELA CASTRO, 2023, pp. 405 ss.

¹⁰⁵ Precisamente por ello, sorprende que la propia CISG mantenga algunas reglas *ad hoc* sobre la transmisión del riesgo que, como demuestra VARELA CASTRO, 2023, pp. 39 ss. y 405 ss., suponen, una duplicidad innecesaria y, por añadidura, una desnaturalización de su originaria razón de ser; incluso, en algún caso que en la obra aparece convenientemente reseñado, implican una incorrecta ubicación de la norma en cuestión. Probablemente la respuesta a por qué están ahí esas perturbadoras reglas tenga mucho que ver con el tributo a pagar por el carácter negociado del propio tratado internacional y con un cierto respeto reverencial por ciertas tradiciones jurídicas.

especialmente relevantes para el tráfico convenga aclarar precisamente qué es entregar; pero ello ha de hacerse en sede de cumplimiento, al hilo de la regulación de las obligaciones de entrega y conformidad y no en un perturbador lugar específico, rubricado como transmisión del riesgo¹⁰⁶.

En definitiva, lo más acorde con la concepción actual del contrato y del incumplimiento no es la modificación de unas hipotéticas reglas específicas sobre la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa sino, sencillamente, proceder a su supresión. Dicho en palabras de Morales Moreno, una de las consecuencias del nuevo modo de entender el incumplimiento es la absorción de la denominada doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad contractual¹⁰⁷. Este no era el planteamiento de la PM 2009, más próxima a Viena y que conservaba unas supuestas reglas sobre transmisión del riesgo en la compraventa; en cambio, sí es la opción tomada por la PM 2023.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria», en *Estudio de Derecho de Contratos*, vol. I, MORALES MORENO, Antonio Manuel (dir.), BLANCO MARTÍNEZ, Emilio V. (coord.), Madrid, BOE, 2022, pp. 113-146.
- CARTWRIGHT, John: *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013.
- CHANTEPIE, Gaël, LATINA, Mathias: *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2.^a ed, Paris, Dalloz, 2018.
- CHÉNEDÉ, François: *Droit des obligations et des contrats*, Paris, Dalloz, 4.^a ed., 2023.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

¹⁰⁶ VARELA CASTRO, 2023, pp. 619-624, realiza un esbozo normativo sobre los ajustes que habrían de realizarse en la regulación del contrato de compraventa para evitar unas desnaturalizadas reglas sobre transmisión del riesgo. Se estructura así el discurso del autor que tampoco prescinde de abordar otra cuestión delicada, cual es la relación entre la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad (espec., pp. 597-619). Cumplidamente demuestra que ambos asuntos atienden a riesgos distintos, a compromisos diferentes del vendedor, por lo que no hay una razón definitiva que obligue o aconseje unir ambas cuestiones. Ni esta tradicional unión, propia de sistemas como el francés o el inglés aquí estudiados, ni la configuración jurídica de una expresa obligación de transmitir la propiedad, representan verdaderos impedimentos para plantear la superación de la disciplina de la transmisión del riesgo.

¹⁰⁷ MORALES MORENO, 2006, p. 33.

- EBERS, Martin: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002», *ADC*, 2003, núm. 4, pp. 1575-1608.
- FURMSTON, Michael P.: «Breach of contract», en *The American Journal of Comparative Law*, 1992, vol. 40, núm. 3, pp. 671-674.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa M.^a: «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*, Albiez Dohrmann, Klaus Jochen (dir.); Palazón Garrido, María Luisa (coord.); Méndez Serrano, M.^a del Mar (coord.), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 330-368.
- GEORGE, Florence; COLSON, Pauline; CATALDO Andrea, FOSSÉPREZ, Bérénice: *Manuel de Droit des Obligations, Théorie du contrat et régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *InDret*, 2007, núm. 3, pp. 1-49.
- KLEINSCHMIDT, Jens: «Chapter 8. Non-performance and Remedies in general» en *Commentaries on European Contract Laws*, Jasen, Nils, Zimmerman, Reinhard (eds.), Oxford University Press, 2018, pp. 1078-1143.
- KÖTZ, Hein: *European Contract Law*, trad al inglés del libro *Europäisches Vertragsrecht*, realizada por MERTENS, Gill, WEIR, Tony, 2.^a ed., Oxford University Press, 2017.
- *Droit européen des contrats*, trad. al francés del libro *Europäisches Vertragsrecht*, realizada por FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; SIGNAT, Carine, GALBOIS-LEHALLE, Diane, Paris, Sirey, 2020.
- LOOSCHELDERS, Dirk: *Derecho de Obligaciones. Parte General*, 17.^a ed., traducción al español por GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, BOE, 2021.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario al artículo 47», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo, Luis (dir. y coord.), Madrid, Civitas, 1996, pp. 423-426.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Comentario al artículo 35», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Díez-Picazo, L. (dir. y coord.) Madrid, Civitas, 1998, pp. 286-312.
- *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel / GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 23-46.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (con BARROS BOURIE, Enrique, GARCÍA RUBIO, M.^a Paz): *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- NINANE, Yannick, GERMAIN, Jean François: «L'inexécution du contrat imputable au débiteur», en *La réforme du Droit des Obligations. Présentation générale des livres 1 et 5 du Nouveau Code civil*, Derval, Thomas; JAFFERALI, Raphaël, KOHL, Benoît, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 405-506.
- OLMO GARCÍA, Pedro del: «Remedios por el incumplimiento. El Código civil, entre ayer y mañana», en *Estudio de Derecho de Contratos, vol. I*, Morales Moreno, Antonio Manuel (dir.), Blanco Martínez, Emilio V. (coord.), Madrid, BOE, 2022, pp. 853-891.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719-1746.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Los incumplimientos en las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Estudios Jurídicos en homenaje al Pr. Ángel Rojo*, Castellano M.^a J., Campuzano A. B. (Coords.), Aranzadi, 2024, pp. 117-151.
- SAVAUX, Eric: en FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean Luc, SAVAUX, Eric, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 18.^a ed., París Lefebvre Dalloz, 2024.
- SCHELHAAS, Harriet: «Article 7.1.1» en *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.^a ed., Vogenauer, Stefan (ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 829-832.
- SCHMIDT, Jan Peter: «Artículo 1:202: Duty to Co-operate» en *Commentaries on European Contract Laws*, Jasen, Nils / Zimmerman, Reinhard (eds.), Oxford University Press, 2018, pp. 157-16.
- SMITS, Jan M.: «Non-performance and Remedies in general», en *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Busch, Danny; Hondius, Ewoud; van Kooten, Hugo; Schelhaas, Harriet, Schrama, Wendy (eds.), Kluwer Law International, 2002.
- STOLL, Heinrich: *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936.
- TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, Javier: «Culpa lata dolo aequiparatur en las cláusulas limitativas de responsabilidad», *ADC*, 2024, pp. 461-536.
- UNIDROIT: *PRINCIPIOS UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales*, versión española con sus comentarios, 2018.
- VARELA CASTRO, Ignacio: *Riesgo en la compraventa, cumplimiento e incumplimiento*, Madrid, BOE, 2023.
- «Sobre la supresión de las reglas de la transmisión del riesgo en la compraventa: reflexiones desde el contexto jurídico español», *Il Foro Napoletano*, núm. 1, 2024, pp. 125-152.
- VARGAS BRAND, Isué: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, Madrid, BOE, 2023.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria a la idea de vinculación contractual garantía», en *Estudios de Derecho de contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Vidal Olivares, A. (dir.), Severín Fuster, G. (ed.), Santiago, Thomson-Reuters, 2018, pp. 447-474.