

EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO O PREVISIBLE («ANTICIPATED NON PERFORMANCE») COMO INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*

ROSA GARCÍA PÉREZ

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Granada

Revista Aranzadi Civil-Mercantil 7
Noviembre 2012
págs. 37 a 74

SUMARIO: I. EL NUEVO DISEÑO DEL INCUMPLIMIENTO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. II. EN PARTICULAR, EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO O PREVISIBLE. 1. *El concepto de incumplimiento anticipado o previsible*. 2. *Su tratamiento en los textos de Derecho uniforme*. 3. *Algunas manifestaciones en los Códigos civiles europeos*. 4. *La tutela del acreedor antes del vencimiento de la obligación en el Código civil*. 5. *Presupuestos de la resolución contractual por incumplimiento anticipado o previsible en la Propuesta de Modernización*. III. REFLEXIÓN FINAL. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009, ofrece una moderna regulación del incumplimiento contractual y de los remedios con los que cuenta el acreedor: el cumplimiento forzoso, la reducción del precio, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños y perjuicios. Este trabajo centra su atención en un aspecto novedoso introducido por la Propuesta: el incumpliendo anticipado o previsible y su funcio-

ABSTRACT: The Proposal for the Modernization of the Spanish Civil Code on Obligations and Contracts, published by the Civil Law Section of the General Committee in 2009, offers a modern regulation of the non-performance of contracts and of the remedies which the creditor possesses: compulsory performance of the contract, reduction in price, termination of the contractual relationship and compensation for damages. This study/paper focuses on a new aspect introduced by the Proposal: anticipated non-performance and its role as a motive for recourse to

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2010-15753: Derecho contractual comparado (Proyecto I+D+I- MICINN), cuyo investigador principal es el profesor Sixto Sánchez Lorenzo, y en las actividades del Grupo de investigación «Ossorio Morales» (SEJ-150) de la Junta de Andalucía.

namiento como causa que abre el recurso a la resolución contractual. El análisis se efectúa comparando su tratamiento con el realizado por otros países de la Unión Europea y con las soluciones ofrecidas por los instrumentos internacionales y textos armonizadores del Derecho contractual.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones. Incumplimiento contractual. Incumpliendo anticipado o previsible. Resolución de los contratos. Excepción de incumplimiento contractual

termination of the contract. A comparative analysis is made with other European Union countries and with the solutions offered by the international instruments and texts harmonizing contract law.

KEYWORDS: Obligations. Non performance of contracts. Anticipated non performance. Termination of contracts. Right to withhold performance of reciprocal obligation.

I. EL NUEVO DISEÑO DEL INCUMPLIMIENTO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

De las numerosas las innovaciones que introduce la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCc), obra de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación¹, publicada en enero de 2009², centraré la atención en esta ocasión en el expediente del incumplimiento anticipado o previsible, recogido en su artículo 1200, como fundamento para ejercitar la facultad resolutoria³.

No obstante, quizás no esté demás, resaltar de manera sintética cuál es el sistema diseñado por la PMCc en materia de incumplimiento, cuestión de la que me he ocupado más ampliamente con ocasión de las *Jornadas sobre el Derecho privado europeo y la modernización del Derecho de obligaciones*, celebradas en Granada en enero de 2011⁴. Para ello, conviene recordar algunas ideas, por

1. Sobre la labor de la Comisión General de Codificación, en especial de sus secciones de Derecho civil y Derecho mercantil, y las propuestas presentadas al Ministerio de Justicia en los últimos años, *vid.* Carmen JEREZ DELGADO y Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009–I, págs. 155-179.
2. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.
3. Una completa aproximación a los contenidos de la PMCc realiza la obra colectiva dirigida por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinada por M.ª Luisa Palazón Garrido y M.ª del Mar Méndez Serrano, *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.
4. Vid. Rosa M. GARCÍA PÉREZ, «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*, *cit.*, págs. 330-368. Ampliamente, sobre el tema: Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, págs. 47-136 y «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2012, págs. 1481-1684; Encarnación ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio 2011, págs. 1-26; VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 16, julio 2011, pp. 243-302.

todos conocidas y de todos sabidas, sobre la actual regulación del incumplimiento en el Código civil (eso sí, estas ideas no recogen los más recientes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre el incumplimiento) y ponerlas en relación con el tratamiento contenido en la Propuesta; tratamiento que, a su vez, compararé con el enfoque del incumplimiento ofrecido por los instrumentos internacionales y normas armonizadoras del Derecho contractual, tanto aquellos que han ejercido influencia en la PMCc, señaladamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, CISG, de su denominación en inglés, *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*); los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en 1994 y reeditados, con ligeras modificaciones, en 2004⁵ (en adelante, PU); y los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL, de su denominación en inglés: *Principles of European Contract Law*)⁶ de la Comisión Lando; como aquellos otros textos europeos que, decididamente o por cuestiones cronológicas, la Comisión General de Codificación no ha tenido en cuenta: los Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo por la Association Henri Capitant/Société de législation comparée (en adelante, RPECL, de su denominación inglesa, *Revised Principles of European Contract Law*)⁷; el Código Europeo de Contratos, también denominado *Proyecto de Pavía* o *Proyecto Gandolfi*⁸; los Princi-

5. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2004*; UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2004, versión española bajo la dirección de Alejandro A. M. Garro, en colaboración con Hernany Veytia Palomino (en adelante, citaré esta obra como *Principios UNIDROIT 2004*).
6. Los PECL, cuyas dos primeras partes fueron publicadas en 1999 [vid. Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 –edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003, las citas las realizaré a esta edición–] y la tercera en 2003 [vid. Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 –edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ. Madrid, 2007], han originado una copiosa bibliografía, entre otras obras: DíEZ-PICAZO/ ROCA TRÍAS/MORALES MORENO, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, ed. Civitas, Madrid, 2002; Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; Santiago ESPIAU ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; Sixto SÁNCHEZ LORENZO y Mercedes MOYA ESCUDERO (eds.), *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003; Antoni VAQUER ALOY (ed.), *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005. Sobre la influencia de los PECL en el Derecho español: Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve BOSCH CAPDEVILA, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, págs. 151-182. Vid., también, Ole LANDO, «The European Principles in an Integrated World», *European Review of Contract Law*, 1/2005, págs. 3-18
7. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, European law publishers, Munich, 2008, Parte III.
8. Para las referencias a concretos artículos del Código Europeo de Contratos, seguiré la

prios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles* o ACQP)⁹; o el más reciente, Marco Común de Referencia¹⁰ (DCRF).

1ª Idea. Las bases normativas del incumplimiento

El Código civil español carece de una regulación y ordenación articulada del incumplimiento¹¹. Nos encontramos con un conjunto de normas dispersas que dificultan un estudio sistematizado del incumplimiento de las obligaciones. Las acciones y medios de defensa que puede ejercitar el acreedor frente al incumplimiento del deudor están diseminadas en el Código civil (en adelante Cc) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Así, la pretensión de cumplimiento se encuentra en los artículos 1096 a 1098 Cc y 699 y ss. LEC; el cumplimiento tardío de las obligaciones tiene su principal base normativa en el artículo 1100 C.c.; en esta misma norma, 1100, *in fine* se considera presupuesta la excepción de incumplimiento contractual (reconocida expresamente en algunos contratos en particular: arts. 1466, 1467, 1500 y 1502 Cc); la acción indemnizatoria, los daños derivados del incumplimiento, está regulada en los artículos 1101 y ss.; la resolución contractual en los contratos bilaterales tiene una norma general, incardinada en el tratamiento de las obligaciones condicionales, el artículo 1124 Cc; la imposibilidad de la prestación por causa sobrevenida encuentra su respuesta en los artículos 1182-1186 Cc... A ello debe añadirse que algunos contratos en particular (compraventa, contrato de obra, arrendamientos, etc.) presentan un régimen jurídico peculiar, concediendo acciones específicas de incumplimiento, diferentes de las generales.

traducción contenida en el trabajo «Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», Revista Jurídica del Notariado, 2002, n.º 4, págs. 299 y ss., que se enmarca en el Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Profesor Gabriel GARCÍA CANTERO, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho Contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

9. Vid. Research Group on the Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract 1, Munich, Sellier, 2007. Han sido traducidos por Esther ARROYO I AMAYUELAS, «Los Principios del Derecho contractual comunitario», ADC, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211 y ss., en especial, 219-239, y en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 de abril de 2007*, M^a Pilar FERRER VANDRELL y Anselmo MARTÍNEZ CANELLAS (dirs.), Dykinson, 2009, págs. 62 y ss.
10. Son obra del Grupo de Estudio sobre un Código civil Europeo, creado por la Comisión en 2005, en el ámbito de una Red de Excelencia sobre Derecho privado europeo (*Joint Network on European Private Law*). A finales de 2007, el Grupo de Estudio publicó una versión provisional de los DCFR, publicándose la versión definitiva a principios de 2009 que, respecto de primera, introduce importantes modificaciones. Vid. Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2008, y *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009. En lo sucesivo, me referiré a la última y definitiva edición.
11. Como señala Antonio Manuel MORALES MORENO («Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, 2006, pág. 23): «Las normas sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado».

Pues bien, lo primero que llama la atención en la regulación del incumplimiento en la PMCc es la sistematización de la materia. Las bases normativas del incumplimiento y los medios de defensa que puede utilizar en tal caso el acreedor se articulan de una manera lógica en el Capítulo VII del Título I (*De las Obligaciones*) del Libro IV rubricado (*Del incumplimiento*), que se estructura en cinco secciones:

- 1.^a *Disposiciones generales* (arts. 1188 a 1191);
- 2.^a *De la acción de cumplimiento* (arts. 1192-1196);
- 3.^a *De la reducción del precio* (arts. 1197 a 1198);
- 4.^a *De la resolución por incumplimiento*. (arts. 1199 a 1204); y
- 5.^a *De la indemnización de daños y perjuicios* (arts. 1205 a 1212).

Tras definir el incumplimiento y algunas cuestiones generales en la primera sección, las siguientes regulan los remedios de los que puede valerse el acreedor. Por sus rúbricas, podría parecer que estos remedios son sólo cuatro: acción de cumplimiento, reducción del precio, resolución e indemnización; sin embargo, este catálogo quedaría incompleto si no se tuviera en cuenta lo dispuesto en el artículo 1191, contenido en la sección 1.^a, en sede de *Disposiciones generales*, que se ocupa la denominada excepción de incumplimiento contractual no regulada, hoy por hoy, con carácter general en el Código civil:

«En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento».

Recoge el precepto una consolidada línea jurisprudencial que afirma la necesidad de que la excepción se oponga de buena fe; exigencia que impone que el propio cumplimiento se suspenda en una medida equivalente al incumplimiento ajeno.

2.^a Idea. La noción de incumplimiento.

Siguiendo la estela de los Códigos de tradición romanista, el Código carece de una definición general y unitaria de la noción de incumplimiento y de la posible tipología que pueda abarcar, aunque es posible y fácil colegirla a partir de preceptos como el artículo 1091 cuando señala que *«las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»*; o de expresiones contenidas en artículos como el 1101: *«y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella (obligación)»*, o el 1124.1 cuando alude a *«para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe»*. Estas normas pueden proporcionarnos los indicios suficientes para conceptuar el incumplimiento como cualquier desviación producida en el pago en comparación con el programa contractual.

Ahora bien, esta primera percepción se oscurece algo si tenemos en cuenta, por ejemplo, que:

–No toda desviación del programa prestacional constituye incumplimiento,

porque la imposibilidad sobrevinida total, sin culpa del deudor y sin estar éste en mora, de la obligación específica, no es contemplada por el Código como un supuesto de incumplimiento, sino como causa de extinción de la obligación (arts. 1182, 1184, 1096.3, 1896.2 Cc).

–También la regulación de la mora *debitoris* ha contribuido a oscurecer esta noción. Como señala Díez-Picazo¹², ha sido fácil la tentación de considerar la mora como una fase transitoria entre el momento en que la obligación debió ser cumplida y aquel otro en que se convertirá el cumplimiento en incumplimiento.

Frente a ello, la regulación de la materia en la Propuesta comienza precisamente definiendo el incumplimiento. El artículo 1188.1 PMCc señala: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»

Estamos, como han señalado los profesores MORALES MORENO y FENOY PICÓN, ante una noción amplia y unitaria¹³, que aglutina todas aquellas situaciones en que el deudor no ajusta su conducta al programa contractual. Es una noción que abarca la no ejecución, total o parcial, de cualquier obligación, principal o accesoria, derivada del contrato, el cumplimiento defectuoso o un cumplimiento fuera de tiempo debido.

Esta concepción amplia comporta, entre otras, las siguientes consecuencias:

- a. Desaparición de la mora como régimen especial de incumplimiento.
- b. Desaparición de la dualidad de regímenes que implican los saneamientos en materia de compraventa.
- c. La imposibilidad pasa a ser tratada como incumplimiento.

Se sigue así la tendencia imperante en el Derecho europeo e internacional. No obstante, son apreciables ciertas diferencias entre la PMCc y las normas de *soft law* citadas, por ejemplo, en la PMCc el incumplimiento sólo es predicable del deudor. La falta de colaboración del acreedor no es considerada incumplimiento. Difiere del Código Europeo de contratos, que siguiendo la CISG (arts. 53 y 62 a 64) y el artículo 305 del *Contract Code*, define la mora del acreedor y la califica como incumplimiento, a los efectos de que el deudor pueda ejercitar frente al acreedor incumplidor los remedios previstos (cumplimiento forzoso de la conducta omitida, resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios); también PECL y *Acquis Principles* consideran una modalidad de incumplimiento la falta de colaboración en el cumplimiento de la obligación (artículo 8:101).

12. Luis Díez-Picazo, Prólogo a la obra de Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., págs. 12-13.

13. Vid. Antonio Manuel Morales Moreno, «Evolución del concepto de obligación...», *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pág. 29 y Nieves Fenoý Picón, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera...», 2010, pág. 70.

En la PMCc la falta de cooperación del acreedor sólo limita los mecanismos de defensa de los que puede valerse frente al incumplimiento. Se consagra, entre las Disposiciones generales, la regla que impide invocar el incumplimiento al contratante que ha provocado el incumplimiento del otro contratante (artículo 1188.II: «Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque»). Se trata de una cuestión que guarda relación con la *mora creditoris*, en cuanto que operará especial, aunque no únicamente, en aquellos casos en que se requiere la cooperación o colaboración del acreedor para que el deudor realice el cumplimiento. Si el acreedor no coopera para que el deudor cumpla no podrá valerse de los remedios previstos para el incumplimiento.

3ª Idea. Delimitación subjetiva u objetiva del incumplimiento

Suele decirse que el Código civil adopta un criterio subjetivo en la delimitación del incumplimiento, a través de los criterios de culpa, negligencia o dolo. Lógicamente, esta visión del incumplimiento incide en la interpretación que se realiza a propósito de los remedios que el Código civil ofrece al acreedor frente al incumplimiento. El recurso a la indemnización de daños y perjuicios de los arts. 1101 a 1107 tiene su fundamento en la culpa. También ha imperado la convicción de que la resolución del contrato del artículo 1124 se asienta en un criterio subjetivo, en tanto que es el incumplimiento, grave y por culpa del deudor, el que permite al acreedor perjudicado por el incumplimiento, resolver.

El incumplimiento en la PMCc es un concepto objetivo, articulado independientemente de la imputación de la conducta al deudor. Hay incumplimiento siempre que no se realicen las obligaciones que resulten del contrato o se realicen en forma distinta a la estipulada, con independencia de las razones que lo provocaron y aunque esté justificado por una causa exoneratoria; y con independencia de que el incumplimiento se deba a una actuación personal del deudor o de un tercero al que el deudor ha confiado el cumplimiento. La PMCc recoge y generaliza, en el ámbito del incumplimiento en general, esta regla prevista expresamente en el Código civil sólo para algunos contratos en particular. Dispone el artículo 1189 PMCc: «*Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo.*» La actuación, pues, de terceros auxiliares o colaboradores en el cumplimiento se imputa al deudor y, a efectos de incumplimiento, es como si la hubiese realizado él mismo.

Es más, la imputabilidad subjetiva o no del incumplimiento al deudor, que ya no se hace *dependen* del concepto de culpa, sino del de «esfera de control», adquiere relevancia en orden al alcance de los remedios puestos a disposición del acreedor. En concreto, en materia de indemnización de daños y perjuicios (artículo 1209 de la PMCc).

El carácter objetivo del incumplimiento conlleva otra consecuencia: pierde relevancia la distinción entre incumplimiento (contractual), fundado en el comportamiento culposo del deudor (arts. 1101 a 1105 Cc) e imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor (así, arts. 1452, 1568, 1589, 1590 y Cc; arts. 1182 ss. Cc). La imposibilidad sobrevenida de la prestación, sea o

no imputable, constituye incumplimiento que permite al acreedor utilizar los remedios propios del incumplimiento conforme a sus requisitos, salvo la pretensión de cumplimiento (art. 1192 PMCc). La imposibilidad pasa a ser una causa impeditiva de la pretensión de cumplimiento.

De este criterio, imperante en los textos de Derecho uniforme, se aparta el Código Europeo de Contratos, cuyo art. 97 (*Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas*) considera que no hay incumplimiento si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; no obstante, si en el contrato se ha incluido una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.

4ª Idea. El incumplimiento y el carácter unilateral o bilateral de la obligación

La disciplina general del incumplimiento en el Código está pensada y diseñada para las obligaciones unilaterales. Esto explica en las obligaciones bilaterales que i) declarada la extinción de una de ellas por imposibilidad sobrevinida total y fortuita, nada se indique, en la teoría general de la obligación, en cuanto a si el otro obligado puede o no liberarse de su obligación. Es el problema abordado por la «teoría de los riesgos»; y ii) la no generalización de ciertos remedios resolutorios. Así ocurre señaladamente con la reducción del precio, como forma de reequilibrio entre las prestaciones recíprocas (prevista específicamente para el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa); o con la denominada *exceptio non adimpleti contractus* o derecho a suspender la propia prestación, que sólo se prevé para casos concretos (arts. 1466 y 1467, y 1502).

Frente a ello, en la Propuesta, los supuestos tradicionalmente incardinados en la teoría de los riesgos pasan a formar parte del incumplimiento y, precisamente, esta unificación del supuesto de incumplimiento contractual, a mi modo de ver, facilita que centro de gravedad de la Propuesta se sitúe en la regulación de los remedios o acciones de que dispone el acreedor para satisfacer su interés. La Propuesta, siguiendo los textos internacionales (señaladamente la CISG) y europeos articula un sistema unitario de remedios; unitario porque todos tienen como supuesto de aplicación común el incumplimiento, aunque particularmente pueden exigir la concurrencia de algún requisito adicional, y porque se encaminan a tutelar y satisfacer el interés del acreedor, más que a sancionar al deudor incumplidor.

II. EN PARTICULAR, EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO O PREVISIBLE

Como he indicado anteriormente, la PMCc recoge un concepto de incumplimiento amplio que aglutina todas aquellas situaciones en que el deudor no ajusta su conducta al programa contractual. Es una noción que abarca la no ejecución, total o parcial, de cualquier obligación, principal o accesoria, derivada del contrato, el cumplimiento defectuoso o un cumplimiento fuera de tiempo debido. No obstante, ciertos tipos de incumplimiento adquieren relevancia a efectos de utilización por el acreedor de un recurso u otro. Como recoge Morales Moreno: «Aun-

que todos los remedios tienen, como supuesto básico, al incumplimiento, existe cierta diversificación en el supuesto de cada uno de ellos. No todos los remedios exigen los mismos requisitos, ni, salvo alguna excepción (reducción del precio), basta para su aplicación el mero incumplimiento»¹⁴.

En este sentido, destaca, por ejemplo, la exigencia de que el incumplimiento no admita ser exonerado, en los términos objetivos y no culpabilísticos del artículo 1209 PMCc (impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control imprevisible o inevitable) para que proceda el remedio indemnizatorio; o el requisito de que el incumplimiento tenga cierta relevancia y adquiera la calificación de esencial para poder acudir a la resolución contractual (artículo 1199.1 PMCc: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial»)¹⁵.

Precisamente en relación con la resolución contractual y partiendo de que el incumplimiento resolutorio debe revestir la característica de esencial, inserta la PMCc dos aspectos novedosos en nuestro ordenamiento, me refiero, por un lado, a la figura del plazo adicional (*nachfrist*)¹⁶ para los supuestos de retraso o falta de conformidad, considerada como una de las principales contribuciones de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento¹⁷, y, por otro, al expediente del incumplimiento anticipado o previsible (*anticipatory non-performance*), ambas recogidas en el artículo 1200 PMCc como fundamento para ejercitar la facultad resolutoria. Me ocuparé, a continuación del denominado incumplimiento anticipado o previsible¹⁸.

14. Antonio Manuel MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación...», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pág. 31.
15. Para una perspectiva comparada sobre la entidad del incumplimiento resolutorio, vid. M^a Luisa PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Civitas, 2009, págs. 769-820, en especial, 780-786.
16. Artículo 1200. 1 PMCc: «En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad».
17. Así, Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC, 1993, pág. 1733. A propósito de la figura del plazo adicional en nuestro actual sistema señalan Gorka GALICIA AIZPURUA y María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO [*Tratado de Contratos (Civiles, Mercantiles y Administrativos)*. Tomo I. Rodrigo Bercovitz RODRÍGUEZ-CANO (Director), Tirant lo Blanch, 2009]: «Lo que cabe ahora preguntarse es si es posible obtener alguna rentabilidad de la misma sin la necesidad de una reforma legal. Nuestro sistema de remedios contractuales proporciona argumentos favorables para entender que una solución semejante podría introducirse en nuestro ordenamiento interno por vía jurisprudencial y de hecho, algunas sentencias han accedido a la resolución tras comprobar la existencia y posterior incumplimiento de los plazos de gracia concedidos extrajudicialmente. Lo cierto es que, dados los términos literalmente excepcionales de la concesión de plazo judicial en el art. 1.124.III CC, todo aconseja la consolidación de una línea jurisprudencial en la que se estime que la prueba de la concesión expresa de un plazo adicional determinado y razonable para el cumplimiento, conminatorio de la resolución al transcurso del mismo, priva de justificación al otorgamiento judicial de un nuevo plazo».
18. Del tema se ha ocupado, Belén ANDREU MARTÍNEZ, «Incumplimiento anticipado»: regulación en los principios de Derecho contractual Europeo», en *Bases de un Derecho contractual europeo*, ed. Tirant lo Blanch, 2003, págs. 333 a 340.

1. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO O PREVISIBLE

Con anterioridad al vencimiento del plazo de cumplimiento no se puede hablar de incumplimiento de la obligación, no obstante, es posible que ciertos eventos puedan hacerse equivalentes al incumplimiento, aunque éste aún no haya tenido lugar. Básicamente la figura del incumplimiento anticipado o previsible ofrece respuesta a la cuestión relativa a si el acreedor puede instar ciertos remedios contractuales cuando, con anterioridad a la fecha de cumplimiento, concurren circunstancias que impiden o pueden impedir alcanzar, llegado el vencimiento, el propósito perseguido con el establecimiento de la relación obligatoria.

Más concretamente, se trata de saber cuál es la trascendencia jurídica, en términos de protección otorgada al acreedor, de dos situaciones:

a) Cuando el deudor, antes del vencimiento de la obligación, declara expresamente¹⁹ o pone de manifiesto con su conducta²⁰ su voluntad de no cumplir o su incapacidad para ello, cualquiera que sea la razón²¹, y

19. Indica DIEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Thomson-Civitas, 2008, págs. 829-830) que la manifestación de voluntad debe expresar una absoluta e inequívoca intención de rechazar el contrato. Así la jurisprudencia alemana ha negado que se produzca «el presupuesto de la resolución cuando el deudor manifiesta que carece espontáneamente de medios de pago o que se encuentra con dificultades de tesorería o con problemas de financiación. También se ha rechazado en aquellos casos en que la negativa a cumplir se deba a divergencias de opinión sobre el contenido del contrato y, especialmente, sobre el objeto de la prestación. Por el contrario se ha considerado hipótesis suficiente el hecho de que el que discute la validez del contrato y lo quiere anular, imponga una novación modificativa o nuevas condiciones inadmisibles para la otra parte».

Por otra parte, la declaración de voluntad del deudor de no cumplir plantea el problema de la posibilidad de ser revocada por el deudor, ¿en qué condiciones debe admitirse la revocación? En Derecho anglosajón suele admitirse la repudiación del contrato por una parte y posterior revocación de su declaración siempre que la otra parte no hubiese realizado «un cambio material» en su posición a causa de la repudiación (*vid.*, en materia de compraventa, el artículo 2-611 *–Retraction of Anticipatory Repudiation–* del Código Uniforme de Comercio de los EEUU). Habría un «cambio material» en la posición del acreedor si, con base a la declaración de repudiación, hubiese realizado ya un negocio de reemplazo cuando se produce la revocación de la declaración por el deudor.

20. Por otro lado, la manifestación de voluntad de no cumplir debe ser concluyente y resultar definitiva. Advierte DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, *cit.*, págs. 829-830): «Dentro de este cuadro, se puede situar un comportamiento del deudor que haga imposible el futuro cumplimiento. MOSCO señala que estos actos pueden ser de dos clases: los que hacen imposible la prestación frente a cualquiera y los que la hacen imposible frente al acreedor, porque una prestación del mismo objeto ha sido precedentemente realizada hacia otra persona. Entre los actos de la primera categoría se sitúa la destrucción de la cosa o su completa transformación; y entre los de la segunda, la enajenación de la cosa específica, que hace imposible el cumplimiento de la prestación de transferencia de la propiedad o del derecho de goce sobre ella».

21. Considera Ángel CARRASCO PERERA (*Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pág. 870): «El deudor repudia cuando manifiesta llanamente que no cumplirá. Más también cuando subordina su cumplimiento a la satisfacción por el acreedor de condiciones nuevas o suplementarias a las que éste no está obligado por contrato.[...] Hay repudiación si antes de la fecha de cumplimiento acomete el deudor un acto que es incompatible con el cumplimiento futuro (vgr., el deudor hipoteca por deuda propia una finca que se había comprometido a vender libre de cargas).

b) Cuando, sin declaración, hay certidumbre objetiva de que no va a cumplir.

La expresión proviene del Derecho anglosajón²² (*anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*²³), y ha sido asumida por la CISG y en los textos de Dere-

22. Vid. JOSEPH M. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 6ª Ed. Thomson Reuters, 2009, págs. 424-444; Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 2ª Ed. Oxford University Press, 2008, págs. 496-498.
23. Según la sección 250 del *Restatement (Second) of Contracts* americano, «A repudiation is: a) A statement by the obligor to the obligee indicating that the obligor will commit a breach that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, or b) A voluntary affirmative act which renders the obligor unable or apparently unable to perform without such breach». Supuestos a los que debe añadir el contemplado en la sección 251, b) para el caso en que el deudor no propone ninguna garantía de cumplimiento ante la solicitud por parte del acreedor que tiene razonables dudas para temer el incumplimiento de aquél [«When a Failure to Give Assurance May Be Treated as a Repudiation: a) Where reasonable grounds arise to believe that the obligor will commit a breach by non-performance that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, the obligee may demand adequate assurance of due performance and may, if reasonable, suspend any performance for which he has not already received the agreed exchange until he receives such assurance. b) The obligee may treat as a repudiation the obligor's failure to provide within a reasonable time such assurance of due performance as is adequate in the circumstances of the particular case»]. En tales supuestos, según la sección 253 (*Effect of a Repudiation as a Breach and on Other Party's Duties*: a) Where an obligor repudiates a duty before he has committed a breach by non-performance and before he has received all of the agreed exchange for it, his repudiation alone gives rise to a claim for damages for total breach. b) Where performances are to be exchanged under an exchange of promises, one party's repudiation of a duty to render performance discharges the other party's remaining duties to render performance), se puede hacer uso de los remedios contractuales basados en el incumplimiento contractual, cuando el deudor declara injustificadamente que no está dispuesto a cumplir, o cuando se coloca en posición de no cumplir de forma inequívoca, siempre que el incumplimiento futuro vaya a desequilibrar sustancialmente la economía del contrato.

También el Uniform Commercial Code (UCC) contempla la figura en el § 2-610 [*Anticipatory Repudiation*. «When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may: (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or (b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and (c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704)»]. Por su parte, el § 2-609 (4) completa estos supuestos: «Right to Adequate Assurance of Performance. (1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return. (2) Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards. (3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance. (4) After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract».

El *Contract Code* de MCGREGOR la recoge en los artículos 303 y 304. Artículo 303: «1) La parte del contrato que antes del momento exacto del cumplimiento de todas o parte de

cho uniforme (*anticipatory non performance* o *anticipated non performance*, en terminología del DCFR) en los que se faculta a una de la partes del contrato para suspender el cumplimiento de la propia obligación o para resolver, si se prevé «anticipadamente» un incumplimiento que también le permitiría acudir a la suspensión o a la resolución en el caso de que la obligación fuera ya exigible.

2. SU TRATAMIENTO EN LOS TEXTOS DE DERECHO UNIFORME

El artículo 72 CISG establece la posibilidad de declarar resuelto el contrato antes de la fecha de cumplimiento, si fuera patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial en los términos del artículo 25 CISG. No obstante, «*si hubiere tiempo para ello*», quien pretenda resolver el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte, a fin de que ésta última pueda evitar la resolución otorgando garantías que aseguren el cumplimiento. Tres son los presupuestos para el ejercicio de la facultad de resolución en este supuesto: incumplimiento esencial, patente y comunicación, salvo que la otra parte hubiera declarado que no cumplirá, en cuyo caso no será necesario comunicar la intención de resolver. También prevé artículo 71 CISG la posibilidad de suspender el cumplimiento «*si después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato*».

sus promesas contractuales u otras obligaciones, denote una intención definitiva de no cumplir toda una parte separada y concreta de él, o devenga incapaz de hacerlo en circunstancias que no extingan el contrato por frustración de acuerdo con los artículos 591 a 597, incurre en incumplimiento de contrato si la contraparte opta por tratar tal intención o incapacidad como incumplimiento inmediato; este tipo de incumplimiento se llama anticipatorio. 2) Tal acción por la contraparte: a) no es posible una vez que el que declinó o devino incapaz de cumplir haya, con conocimiento de la contraparte, reconsiderado su intención o recuperado su capacidad de cumplir. b) se presume si no resulta para él razonable continuar cumpliendo por su parte al agravar así su pérdida. c) en otro caso se necesitarán nuevas declaraciones o actos que denoten intención inequívoca de considerar incumplidora a la otra parte». Artículo 304: «1) Cuando antes del momento fijado para el cumplimiento de todo o parte de alguna promesa contractual u otras obligaciones contractuales de una de las partes, la otra tenga razonables motivos para creer que puede incumplirse toda la prestación o una parte diferenciada de ella, está legitimada para pedir garantías de que la futura prestación tendrá lugar debidamente, pudiendo entonces suspender su prestación hasta que le sea dada una razonable garantía. 2) La parte a la que se hace tal requerimiento incurre en incumplimiento si la contraparte opta por considerar como incumplimiento inmediato cualquier falta de previsión de una garantía razonable dentro de un plazo razonable de acuerdo con todas las circunstancias.»

Suelen citarse como pronunciamientos clave («key cases») en la doctrina del incumplimiento anticipado, los siguientes (en <http://www.isurv.com/>): *Hochster v De La Tour* (1853) [vid. Charles and Paul MITCHELL, *Landmark Cases in the Law of Contract* (2008)]; *Heyman v Darwins* [1942] AC 356 (HL— House of lord); *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd v Kawasaki* [1962] 2 QB 26 (CA – Court of Appeal–); *J M Hill v London Borough of Camden* [1982] 18 BLR 31 (CA); *John Jarvis v Rockdale Housing Association* (1986) BLR 48 (CA); *Johnson v Agnew* [1980] AC 367 (HL); *Rice v Great Yarmouth Borough Council* (2003) TCLR 1 (CA); *Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Company* (No. 2) [2002] 2 Lloyd's Rep. 436 (CA); *Vitol SA v Norelf Ltd* [1996] AC 800 (HL); *SK Shipping (S) Pte Ltd v Petroexport Ltd* [2009] EWHC – High Court of England and Wales– 2974 (Comm).

En este caso, la excepción de incumplimiento contractual no requiere que el previsible incumplimiento sea esencial, aunque sí que afecte a una parte sustancial de las obligaciones contraídas (en el sentido de revestir cierta importancia) y que se comunique a la otra parte, quien puede evitar la suspensión ofreciendo «seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones» (art. 71.3). Además, se otorga al vendedor un derecho de retención o detención de la mercancía si la remitió antes de que tuviera conocimiento de los motivos que provocan la incertidumbre sobre el buen fin del contrato (art. 71.2)²⁴.

En los PU el incumplimiento previsible es también fundamento tanto de la resolución como de la excepción de incumplimiento. Los presupuestos exigidos por el artículo 7.3.3 para el ejercicio de la facultad de resolución siguen las directrices del artículo 72 CISG: incumplimiento esencial y patente²⁵. No alude el precepto a la necesidad de comunicación, aunque sí se indica en el comentario²⁶. Por otro lado, se faculta a la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por parte de la otra, a reclamar garantías adecuadas de cumplimiento y a suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones²⁷, pudiendo resolver el contrato si las garantías no son otorgadas (art. 7.3.4)²⁸.

24. Vid. Alfonso Luis CALVO CARAVACA, «Comentarios a los artículos 71 y 72», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.). Civitas. Madrid, 1998, págs. 560-573.
25. Artículo 7.3.3 PU (*Incumplimiento anticipado*): «Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato».
26. Comentario artículo 7.3.3 (*Principios UNIDROIT 2004*, págs. 233-234): «Este artículo establece el principio de que el incumplimiento que ha de ser esperado se equipara al incumplimiento que tuvo lugar al momento en que se debía la prestación. Un requisito que debe quedar claro es que habrá de existir incumplimiento; una sospecha, aun bien fundada, no será suficiente. Más aún, es necesario que el incumplimiento sea esencial y que la parte que tiene derecho a recibir la prestación notifique su decisión de resolver el contrato./ Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato. Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial». Se ilustra con el siguiente ejemplo: «"A" promete a "B" entregar petróleo transportado por el buque M/S Paul en Montreal el 3 de febrero. El 25 de enero el M/S Paul se encuentra a 2000 Km. de Montreal. A la velocidad que hace no llegará a Montreal el 3 de febrero; como pronto lo haría el 8 de febrero. Como el tiempo de la entrega es esencial y ha de esperarse un retraso significativo, "B" puede resolver el contrato antes del 3 de febrero».
27. Artículo 7.3.4 PU (*Garantía adecuada de cumplimiento*): «Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato». En el comentario I (*Principios UNIDROIT 2004*, pág. 234) se indica: «1. Expectativa razonable de incumplimiento esencial./ Este artículo protege el interés de una parte que tiene razones para creer que la otra será incapaz o no desea cumplir el contrato en la fecha estipulada, pero que no puede recurrir al Art. 7.3.3 pues aún existe la posibilidad de que la otra parte quiera o pueda cumplir. La primera parte, en ausencia de esta disposición, se encontraría con frecuencia en un dilema. Por un lado, incurrirá en una pérdida si espera la fecha del cumplimiento y la otra parte no cumple. Por otro lado, si decide resolver el contrato y entonces resultara evidente que el contrato habría sido cumplido por la otra parte, su proceder equivaldría a un incumplimiento del contrato, conllevando su responsabilidad por el daño causado».
28. En el Comentario 2 al artículo 7.3.4 PU (*Principios UNIDROIT 2004* pág. 235), a propó-

Siguiendo las líneas básicas de la CISG y de los PU, el artículo 9:304 PECL concede a una de las partes la facultad de resolver el contrato cuando, con carácter previo al vencimiento, resulta evidente que la otra parte incumplirá su obligación de manera esencial²⁹. Quien ejercita este derecho a resolver anticipadamente, queda legitimado «para utilizar cualquiera de los remedios previstos para el incumplimiento, incluida la indemnización por daños y perjuicio, con la única excepción de que los daños no se puedan reclamar si, llegado el vencimiento de la obligación, el incumplimiento resulta justificado. También el artículo 9:201(2) permite suspender el cumplimiento de las propias obligaciones *«tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma»*, aunque la utilización de la excepción de incumplimiento no exige que el previsible incumplimiento futuro sea esencial. Por otro lado, conforme al artículo 8:105 PECL (Garantías de ejecución), si la indisponibilidad para cumplir en el momento del vencimiento no es «evidente», pero la parte posiblemente perjudicada tiene razonables dudas acerca del cumplimiento de la parte contraria, podrá pedir garantías que aseguren dicho incumplimiento, pudiendo suspender mientras tanto el cumplimiento de su propia prestación. La no prestación de dichas garantías, en un tiempo razonable, puede considerarse un indicio evidente de que habrá incumplimiento esencial, y faculta para resolver el contrato, previa comunicación a la otra parte. En el mismo sentido, los artículos 9:105: (Assurance regarding Performance), 10:201 (Right to Withhold Performance) y 10:308 (Anticipatory Non-Performance) RPECL.

El DCFR sustituye la expresión «*anticipatory*» por «*anticipated*» (según el *Comment A* porque «*«Anticipated» is more accurate in relation to the content of the present Article. The Article does not deal with actual non-performance of a special type, requiring a special adjective. It deals with the situation where future non-performance of a type which would justify termination is clearly anticipated»*³⁰) e indica que la idea que subyace en la regulación del *anticipated non*

sito de esta exigencia se indica: «Qué constituye una garantía adecuada depende de las circunstancias. En algunos casos será suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá, mientras que en otros, el requisito de una fianza o garantía de un tercero podría estar justificado. Ejemplo: "A", un constructor de barcos con un solo astillero, promete construir un yate para "B" a ser entregado a más tardar el 1º de mayo. Poco después "B" se entera por "C" de que "A" también se ha comprometido a construir un yate para "C" durante el mismo período. "B" está facultado para solicitar de "A" una garantía adecuada de que el yate se entregará a tiempo. Además, "A" tendrá que dar a "B" una explicación satisfactoria de cómo cumplirá con el contrato.»

29. En el Comentario A [Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo...cit.*, págs. 613-614] se indica que este derecho «gira en torno al concepto de que no se puede pretender que la parte de un contrato siga vinculada a él y por él, cuando resulta claro que la otra parte no puede cumplir o no lo hará en la fecha prevista. Y el precepto, en lo que se refiere a la resolución como medio de protección del crédito, se traduce en la equiparación entre el incumplimiento esencial previsible y el incumplimiento esencial de una obligación ya vencida».
30. Ya indicaba Eric Clive («The Principles of European Law and draft European Civil Code: some observations on drafting», *Bases de un Derecho contractual europeo*. Tirant lo Blanch, 2003, pág. 553), a propósito de los PECL, que era más exacta la expresión

performance es la promoción de la eficiencia al no exigirle al acreedor esperar a desvincularse hasta que el incumplimiento realmente se produzca (*Principles* 61).

El artículo III. – 3:401 DCFR otorga el derecho a suspender el propio cumplimiento, en sus apartados 2 y 3³¹, al acreedor que, aun debiendo cumplir antes que el deudor³², crea razonablemente que la otra parte incumplirá (no se exige un incumplimiento esencial³³), debiendo comunicarlo al deudor tan pronto como sea razonablemente posible. Esta comunicación tiene una doble finalidad, permitir que el deudor se pronuncie (pudiendo destruir la creencia razonable del acreedor) o permitirle enervar la suspensión si garantiza el cumplimiento. La no observancia de este deber de comunicación no impide la suspensión, pero comporta la indemnización de los perjuicios causados. No obstante, el deudor puede enervar la suspensión si garantiza el cumplimiento³⁴.

«anticipated non performance»: «This term is used in the heading to Article 9:304 of PECL for the situation covered by the following rule./«Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non performance by it the other party may terminate the contract»./ The term «anticipatory non performance» is inaccurate in this context. What is being covered is not a type of non performance but, as the words «will be» make clear, a *reasonable anticipation* of future non performance. «Anticipated non performance» would have been more accurate. This may be an example of the use of a term which had become established as a technical term in some legal systems rather than ordinary accurate descriptive language».

31. III.–3:401 DCFR: Right to withhold performance of reciprocal obligation: «(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed./ (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance./ (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty./ (4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances».
32. Se pone el siguiente ejemplo: En enero, B se compromete a construir una casa para O y comenzar el 1 de mayo. O, por su parte, se compromete a pagar una parte como anticipo del precio antes del 1 de junio. Tiempo que es considerado como fundamental. Durante mayo, O comunica al B que, por causa de unos recientes gastos, no le será posible pagar el anticipo hasta principios de julio. En tal caso, en lugar de resolver el contrato, B puede suspender los trabajos de construcción y debe notificar a O para que tenga la oportunidad de conseguir el dinero o dar garantía de pago.
33. Vid. *Comment B*, pág. 385.
34. A fin de que el deudor pueda aclarar la situación (y, por lo tanto, destruir la razonabilidad de la creencia del acreedor) u ofrecer una garantía adecuada del cumplimiento, el artículo establece en su apartado (3) que el acreedor tiene la obligación de dar aviso de la suspensión al deudor tan pronto como sea razonablemente posible. Se indica que esta comunicación no es un requisito para el funcionamiento de la suspensión, pero el acreedor será responsable por cualquier daño ocasionado al deudor por un incumplimiento de esta obligación.

Hay aquí una importante novedad en lo que viene siendo el entendimiento tradicional del modo de operar de la excepción, que exige que quien la invoca no esté obligado a cumplir en primer lugar (STS 17 de febrero de 1998 [RJ 1998, 874]). Como regla, en las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, ante la falta de cumplimiento de la recíproca, cualquiera de los obligados puede oponer la *exceptio*; también, cuando se determinaran momentos distintos de vencimiento para cada una de las obligaciones, el obligado a cumplir en segundo lugar puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. El DCFR, a diferencia de los PECL (que sólo lo especifican en el comentario C del artículo 9:201 –pág. 597–), recoge expresamente la posibilidad de que quien invoque la excepción esté obligado a cumplir en primer lugar. Según se explica en el *Comment E* (pág. 386), es obvio que quien está obligado a cumplir en primer lugar no puede recurrir a la suspensión. No obstante, se admite el recurso a la suspensión, incluso por quien está obligado a cumplir en primer lugar en ciertos casos de incumplimiento previsible: si el acreedor cree razonablemente que el deudor incumplirá cuando la prestación sea debida puede suspender el cumplimiento por el tiempo en que tal creencia permanezca. No obstante, para evitar situaciones de abuso, el deudor está protegido de dos maneras. En primer lugar, si la creencia del acreedor no es razonable –una prueba objetiva– el acreedor será responsable por incumplimiento. En segundo lugar, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el deudor ofrece una garantía adecuada del cumplimiento.

El *anticipated non performance* permite también resolver el contrato si el deudor declara expresamente que incumplirá su obligación o si, de cualquier otro modo, resulta claro que habrá un «*fundamental non-performance*» (artículo III.–3:504: *Termination for anticipated non-performance*). El ejercicio de la facultad de resolver exige que el acreedor lo comuniqué con «*a reasonable time after the right has arisen*» [artículo III.–3:508: *Loss of right to terminate* (3)]. Si el acreedor tiene dudas sobre la inhabilidad o indisponibilidad del deudor para cumplir en el momento pactado, el siguiente artículo III.–3:505 (*Termination for inadequate assurance of performance*), trata de evitar el riesgo que pueda representar para el acreedor una resolución improcedente si resulta que, llegado el momento, el deudor habría cumplido: se le faculta para resolver si solicitada una garantía adecuada de cumplimiento al deudor, este no la otorga³⁵³⁶.

35. Comment A, pág. 398: *The general rule of «adequate assurance of performance» was developed in the American Uniform Commercial Code (article 2-609).*

36. El DCFR contiene otra aplicación del incumplimiento previsible cuando aborda el contrato de servicios en el Libro IV. En concreto, el artículo IV. C. – 2:110 se ocupa de la denominada falta de conformidad anticipada, esto es, aquella situación en que, durante la ejecución del servicio contratado, el cliente detecta que no podrá alcanzarse el resultado contratado, en tal caso, como derivación del deber de cooperar que incumbe al acreedor, se le impone la obligación de notificarlo al prestador del servicio (IV. C. – 2:110: *Client's obligation to notify anticipated non-conformity/ (1) The client must notify the service provider if the client becomes aware during the period for performance of the service that the service provider will fail to perform the obligation under IV. C. – 2:106 (Obligation to achieve result)./ (2) The client is presumed to be so aware if from all the facts and circumstances known to the client without investigation the client has reason to*

El Código Europeo de Contratos contempla, en los artículos 90 y 91, como supuestos en los que, antes del vencimiento, puede producirse el incumplimiento tanto aquellos casos en que el deudor declara por escrito no querer cumplir, como aquellos en los que no se halla en situación de cumplir³⁷:

Artículo 90. *Deudor que declara por escrito no querer cumplir:*

«1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente.

2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.

3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el artículo 58.»

Artículo 91. *Deudor que no se halla en situación de cumplir*

«1. Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo.

2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito a la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.»

Por último, me referiré a un texto más reciente, la Propuesta de Reglamento

be so aware./ (3) If a non-performance of the obligation under paragraph (1) causes the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to:/(a) damages for the loss the service provider sustains as a consequence of that failure; and/ (b) an adjustment of the time allowed for performance of the service»). Sobre esta obligación, vid. Paloma De Barrón Arcniches, *El contrato de servicios en el Nuevo Derecho contractual europeo*. Ed. Reus. Madrid, 2011, págs. 114-118.

37. Vid. Jesús Miguel LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento del contrato», en *Código Europeo de Contratos*. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía), I y II. *Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis De los Mozos y de los Mozos*, Carlos VATTIER/ Jose María DE LA CUESTA SÁENZ / José María CABALLERO (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2003, págs. 375-376.

del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, publicada por la Comisión Europea el 11 de octubre de 2011 [COM(2011) 635 final]³⁸. El riesgo de incumplimiento anticipado por parte del vendedor o del comprador se contempla en el texto (Anexo I) como causa que legitima a la otra parte tanto para la suspensión del propio cumplimiento,³⁹ como para resolver el contrato si fuese esencial⁴⁰.

3. ALGUNAS MANIFESTACIONES EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS

Es posible encontrar en algunos Códigos civiles europeos manifestaciones del incumplimiento anticipado:

–*Code of Obligations* suizo. El artículo 108, n. 1 exige al acreedor de fijar un plazo adicional cuando resulta evidente por la conducta del deudor que tal plazo no tendría ninguna utilidad.

«*No time limit need be set:*

1. *Where it is evident from the conduct of the obligor that a time limit would serve no purpose»*

–Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*), Book 6. El artículo 80.1 previene que se activarán las consecuencias del incumplimiento, antes incluso de que la obligación haya vencido, en dos supuestos: a) si es cierto que el cumplimiento será imposible para el deudor; b) si el acreedor puede deducir de alguna declaración del deudor que esté no cumplirá y c) si el acreedor tiene razones

38. La Propuesta se divide en tres partes: *Reglamento Europeo*, de carácter facultativo, que delimita su ámbito de aplicación, así como la forma en que las partes pueden acogerse a la normativa común de compraventa europea; *Anexo I*, contiene el régimen jurídico común europeo para la compraventa y los servicios auxiliares a la compraventa; y *Anexo II*, con una ficha informativa estándar sobre la normativa común de compraventa europea que los empresarios deben facilitar a los consumidores antes de la celebración del contrato. Vid. Fernando GÓMEZ POMAR y Marian GILI SALDAÑA, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Indret* 1/2012.

39. Suspensión por parte del comprador. Señala el artículo 113.2: «*El comprador que deba cumplir su obligación antes que el vendedor y crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza, podrá suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo*». Por su parte, el artículo 133.2 se ocupa de la suspensión por parte del vendedor: «*El vendedor que deba cumplir su obligación antes que el comprador y crea razonablemente que el comprador no cumplirá su obligación cuando esta venza, puede suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo. Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el comprador garantiza debidamente que cumplirá su obligación u ofrece una garantía apropiada*».

40. Indica el artículo 116 que «*el comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*». Por su parte, el artículo 136 dispone que «*el vendedor podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el comprador hubiera declarado, o quedase claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera esencial*».

suficientes para temer un incumplimiento del contrato y el deudor no pone en su conocimiento en un tiempo razonable, desde que es requerido para ello, su voluntad y disponibilidad para cumplir cuando llegue el vencimiento.

En el apartado segundo del artículo 80 se consagra la regla de que el momento en que la obligación debía ser inicialmente exigible permanece válido a los efectos de determinar la reparación de los daños y perjuicios producidos y para imputar al deudor la imposibilidad sobrevenida de la prestación durante su incumplimiento.

Book 6, art. 80. *Legal effects of a non-performance before the claim is due and demandable:*

1. *The legal effects of a non-performance set in even before the obligatory claim of the creditor has become due and demandable:*

a. *if it is certain that it will be impossible for the debtor to perform without an imperfection;*

b. *if the creditor must conclude from a statement of the debtor that he will not perform in conformity with his obligation;*

c. *or if the creditor has good reasons to fear that the debtor will not perform in conformity with his obligation and the debtor does not comply with a written notification of the creditor in which the debtor is asked to confirm, within a reasonable time, that he is willing to perform in conformity with his obligation at the moment on which his obligation will become due and demandable.*

The grounds that gave the creditor good reasons to fear for a non-performance of the debtor must be mentioned in this notification too.

2. *The original day on which the claim will become due and demandable continues to apply to the obligation to pay for damages which results from the delay and from the attribution of the non-performance to the debtor with regard to the time as of which he is in default*

—*Codice civile italiano*. Conforme al artículo 1219, la declaración del deudor de no cumplir hace innecesario cualquier requerimiento del acreedor para situarlo en mora:

«*Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*».

—En Grecia, el artículo 385.1 del Código civil (ΑΚ— ΑΣΤΙΚός Κώδικας) libera al acreedor de fijar un plazo adicional de cumplimiento, para ejercitar la resolución o solicitar la indemnización de daños y perjuicios (art. 383), cuando el deudor declara o manifiesta con su conducta que no cumplirá llegada la fecha de vencimiento, para ejercitar la resolución o solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

—El BGB alemán, en sus §§ 321 y 323 (2) y (4) admite tanto la suspensión del cumplimiento como la resolución en los siguientes términos:

§ 321BGB. *Excepción por incertidumbre*

(1) *El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su pretensión a la contraprestación peligrará por la escasa capacidad de la contraparte. El derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía para ella.*

(2) *El obligado a cumplir en primer lugar puede establecer un plazo razonable dentro del cual la contraparte deba efectuar la contraprestación inmediatamente a la prestación del primero o le preste una garantía, a su elección. Una vez transcurrido el plazo sin éxito, el obligado a cumplir en primer lugar puede resolver el contrato.*

Será de aplicación lo dispuesto por el § 323

§ 323. *Resolución por no cumplimiento de la prestación o por no ser ajustada al contrato*

(1) *Si en un contrato bilateral el deudor no cumple una prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor, si ha fijado un plazo razonable al deudor para el cumplimiento de la prestación o para su corrección, puede resolver el contrato.*

(2) *Se puede prescindir de fijar un plazo cuando:*

1. *El deudor deniegue la prestación seria y definitivamente; [...]*

(4) *El acreedor puede resolver incluso antes del vencimiento de la prestación cuando sea manifiesto que se van a producir los presupuestos para resolver.*

—El incumplimiento previsible aparece también en los últimos Proyectos de reforma que, desde 2005, vienen sucediéndose en Francia⁴¹. En el «*Projet de réforme du droit des obligations*» de la Chancellerie (2008), el artículo 169 prevé la posibilidad de resolución anticipada («*Une partie peut, selon les modalités prévues à l'article précédent, résoudre un contrat, dès avant l'échéance, lorsqu'il est manifeste que l'autre partie ne pourra pas exécuter son obligation essentielle*»). En el publicado por el Ministerio de Justicia en mayo de 2009 (*Projet de réforme du Droit des Contrats*), el artículo 136 considera el incumplimiento previsible como fundamento de excepción de incumplimiento («*Une partie peut suspendre*

41. El camino se inició con el conocido Proyecto Catalá (*L'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*), remitido oficialmente al Ministerio de Justicia el 22 de septiembre de 2005; en julio de 2008, la Chancellerie (Ministère de la Justice) publicó un primer *Projet de réforme du droit des contrats*, del que hay una segunda versión publicada en mayo de 2009; en diciembre de 2008, el grupo de trabajo de la Academia de las Ciencias Morales y Políticas, bajo la dirección de François Terré, remitió otro proyecto de reforma (*Pour une réforme du droit des contrats*) al Ministerio de Justicia. Vid. Yves Picod, «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *Indret*, 4/2009, págs. 1-12; Denis Mazeaud, «Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français», *European Review of Contract Law*, 1/2010, págs. 1-24; Céline Castets-Renard, «Les projets de réforme du droit français des contrats», *Osaka University Law Review*, n° 57, febrero 2010, págs. 65-86.

l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle). Y finalmente, en el Proyecto «*Pour une réforme du droit des contrats*» de François Terré aparece como causa para el ejercicio tanto de la excepción de incumplimiento (article 104: «*Une partie peut, sous la même réserve, suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste qu'il y aura inexécution de la part du cocontractant à l'échéance et que ses conséquences sont suffisamment graves pour le créancier*») como de la resolución (art. 109.3: «*L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur*»); además, recoge la posibilidad de que el deudor enerve la resolución aportando garantías de su futuro cumplimiento, que de no ser ofrecidas facultan al acreedor para resolver el contrato mediante notificación (art. 111: «*Si dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises, le créancier peut demander au débiteur de l'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter dans le temps prévu en précisant que, à défaut, il sera en droit de résoudre le contrat par simple notification*»).

4. LA TUTELA DEL ACREEDOR ANTES DEL VENCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

En la concepción de nuestro Código civil, no se puede considerar que incumple quien todavía no resulta obligado al cumplimiento (art. 1125 C.c.), por lo que difícilmente se dan los presupuestos para el ejercicio por el acreedor de las acciones derivadas del incumplimiento. No se atribuye al acreedor la posibilidad de accionar los remedios contractuales basados en el incumplimiento contractual, cuando el deudor declara injustificadamente que no está dispuesto a cumplir, o cuando se coloca en posición de no cumplir de forma inequívoca.

La eventual defensa del acreedor, frente al riesgo de que llegado el momento del cumplimiento su interés resulte frustrado, viene de la mano de provocar el vencimiento anticipado de la obligación en alguno de los supuestos en los que legalmente está facultado para ello. En este sentido, destacan, con carácter general, los artículos 1129 C.c. y 146 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El vencimiento anticipado provoca la pérdida del beneficio del plazo para el deudor y permite al acreedor acudir a los remedios previstos para el incumplimiento del deudor.

No obstante, la figura del incumplimiento previsible no es completamente desconocida para el Código civil. En sede de compraventa, diversas normas permiten ejercitar ciertos remedios contractuales sinalagmáticos basados en el incumplimiento contractual ante una situación de previsible incumplimiento. En concreto, se otorga al acreedor la facultad de suspender el cumplimiento o de resolver, en un momento anterior al fijado para el cumplimiento de la obligación, cuando exista un «fundado motivo» para temer el incumplimiento del deudor. Así, el artículo 1.503 contempla un supuesto de resolución anticipada, pues permite al vendedor de cosa inmueble resolver inmediatamente el contrato

en el caso de que tuviera un «fundado motivo» de perder definitivamente la cosa vendida entregada y no cobrar el precio aplazado. Por su parte, el artículo 1502 faculta al comprador a negarse a cumplir si fuere perturbado en la posesión o dominio o tuviese fundado temor de serlo, hasta que el vendedor haga cesar la perturbación o garantice la devolución del precio. Y el artículo 1467 también salvaguarda la posición de vendedor facultándole para negarse a cumplir y suspender la entrega de la cosa cuando, antes del vencimiento de la obligación de pago del comprador, éste deviene insolvente y el vendedor «corre inminente riesgo de perder el precio», salvo que «el comprador afiance pagar en el plazo convenido». El fundado motivo para temer el incumplimiento se concreta en este caso en la insolvencia del comprador.

Con carácter general, además, la posibilidad de resolver anticipadamente ante la evidencia de un incumplimiento esencial es una línea, en ocasiones con expresa mención de los PECL, que va calando en nuestros tribunales. Muestra de ello son, entre otras, las siguientes sentencias:

«Así, nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el mencionado artículo. 1124 Código civil en el sentido que para que pueda ser resuelto el contrato por la vía del artículo. 1124 Código civil se requiere: a) que el contrato contenga prestaciones recíprocas; b) que sean exigibles; c) el cumplimiento por quien ejerce la acción de las obligaciones que le incumbían y d) un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4348], además de otras como las de 21 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1275], 25 de noviembre de 1992 [RJ 1992], 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que «de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo. 1124 Código Civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada, es decir, Danzas, SA de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo.» [STS 10 octubre 2005 (RJ 2005, 8576)]

«Como puso de relieve la sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576), seguida por la de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3091), también constituye incumplimiento –intencional– la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aun no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo./Esa es la situación que resulta de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, conforme a los que la ahora recurrente no ha estado dispuesta a cumplir la prestación prometida. Y no porque Lanetro, SA no hubiera creado las nuevas acciones, sino porque declaró no estar obligada a hacerlo en ningún caso. La reacción de la otra parte de la relación contractual, considerando producido un incumplimiento, fue totalmente razonable y la declaración judicial atacada plenamente fundada» [STS 30 marzo 2010 (RJ 2010, 2538)].

«Pero es que, aún en el caso de que el contrato de suministro se hubiera pactado a un término definido y más largo que el finalmente ejecutado, y el suministro a crédito fuese una de las condiciones contractuales que regían entre las partes (lo que, repetimos, en este caso no se ha acreditado), la doctrina del incumplimiento anticipado permitiría al contratante que cumple con sus obligaciones y que teme fundadamente el incumplimiento de la contraparte resolver anticipadamente el contrato a no ser que el deudor incumplidor preste una garantía suficiente para asegurar el incumplimiento que se anuncia de forma anticipada por las circunstancias del caso. Y ello porque en el presente caso, la previa situación de impago de la parte apelante, que aún en la cifra indiscutida se mantenía en el momento de contestar a la demanda, legitimaba al actor para dar por cierta la reiteración en la situación de incumplimiento en el futuro, y por lo tanto, para haber adelantado la resolución prevista en el artículo 1.124 del Código Civil aún en el caso de que el término final del contrato no hubiese llegado» [Audiencia Provincial de Albacete 18 febrero 2010 (JUR 2010, 167726)].

Consecuencias también se derivan en el ámbito concursal: el carácter anticipado o no del incumplimiento tiene trascendencia a efectos de la calificación como concursal o contra la masa del crédito, conforme a lo previsto en los artículos 62.4⁴² y 84.2.6⁴³ de la Ley Concursal, del crédito que corresponda al acreedor por obligaciones de restitución derivadas de la resolución contractual por incumplimiento del deudor concursado⁴⁴.

42. *Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».*
43. *Son créditos contra la masa: «6º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado».*
44. *En este sentido es bien explicativa la sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 15 junio de 2009 (AC 2009, 1647) que considera incumplido un contrato, con fecha anterior a la declaración del concurso, aun cuando la entrega por el deudor estaba fijada para un momento posterior a la declaración: «En el caso presente para determinar las consecuencias de la resolución contractual hay que tener en cuenta los siguientes parámetros: a) la suma anticipada por el/los compradores es de 79.365 € euros (reconocidos por ½ cada uno de ellos por la AC), b) la fecha convenida para la entrega de la vivienda por la promotora es el mes de marzo de 2009, c) el concurso de la promotora se declara por auto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas, d) tales licencias no se han obtenido y la actividad constructiva está paralizada desde la declaración de concurso y la entrega de vivienda no se ha efectuado. //Si trasladamos tales consideraciones al supuesto fáctico antes descrito, la conclusión a la que se llega es que nos encontramos ante un contrato que al tiempo de declararse el concurso estaba*

5. PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO O PREVISIBLE EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

Esta línea, que empieza a consolidarse en la jurisprudencia, es la que queda consagrada en los apartados segundo y tercero del artículo 1200 de la PMCc, cuando establecen:

«También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.»

También la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa⁴⁵ se ocupa del incumplimiento previsible. Indica la Exposición de Motivos: «Aun siendo deseable que los problemas de falta de conformidad sean subsanados por medio de una modalidad de cumplimiento, es claro que esa subsanación no siempre se ha de alcanzar. Por ello cobra sentido el nuevo artículo 1485, en el que se regula cuándo tiene derecho el comprador a los que podríamos denominar remedios subsidiarios consistentes en la resolución o la reducción del precio. Lo tiene, en primer lugar, cuando el vendedor, justificadamente, ha ejercitado la facultad de oponerse a ejecutar cualquier modalidad de cumplimiento; en este caso el comprador ha perdido la pretensión de cumplimiento. En segundo lugar, si el vendedor no ejecuta la modalidad de cumplimiento oportuna, en las condiciones requeridas. En tercer lugar, si el vendedor rehúsa ejecutar la modalidad de cumplimiento oportuna, o fuere previsible que no la realizará. Se acoge aquí la doctrina del incumplimiento previsible». En concreto, el artículo 1485 señala: «*El com-*

ya incumplido por la promotora vendedora, pues no se trata de un mero retraso sino de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración económico del contrato (SS. de 20-6-1993 [RJ 1993, 5378] y 4-10-1996 [RJ 1996, 7036]). Y todo ello al margen de las consecuencias que en sede de calificación concursal o en otro orden pudieran derivarse de esa actuación de la deudora.//En consecuencia, por aplicación de lo antes desglosado, las consecuencias derivadas de la resolución son las siguientes: a) la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el/los comprador/es a abonar cantidad alguna; b) la promotora concursada debe devolver la suma anticipada, que tiene la calificación de crédito concursal; c) la promotora concursada debe al comprador en concepto de daños y perjuicios la suma resultante de aplicar a la cantidad anterior el interés legal anual desde la fecha de los pagos anticipados, hasta la fecha de declaración de concurso (art 59 LC) con la calificación de crédito concursal subordinado».

45. Elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124. Vid. Antonio Manuel MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC*, 2003, págs. 1609-1651.

prador tendrá derecho a la resolución del contrato o a la reducción del precio en los casos siguientes: 3.º Si el vendedor hubiere rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la ejecutará así».

Un alcance más amplio, permitiendo al acreedor la suspensión del propio cumplimiento, confiere al incumplimiento previsible la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, publicada en 2006⁴⁶:

Artículo 62.3. «Cuando una de las partes contratantes tenga razones fundadas para creer que se va a producir un incumplimiento esencial del contrato, podrá exigir garantía adecuada de su cumplimiento, suspendiendo mientras tanto su propia prestación. Si la garantía no se otorga, podrá resolver el contrato».

Centrándonos en la concreta regulación de la PMCc, los presupuestos para que el incumplimiento anticipado motive la resolución son, según se deduce del artículo 1200, tres:

- A. Situación de riesgo patente para el cumplimiento futuro
- B. Previsible incumplimiento esencial
- C. Otorgamiento por el acreedor de un plazo razonable, a fin de que el deudor cumpla o preste garantías de cumplimiento.

A. Situación de riesgo patente para el cumplimiento futuro. La apreciación del riesgo para el cumplimiento futuro no podrá basarse sólo en el exclusivo punto de vista de quien lo alega, no bastan las meras sospechas, temores o dudas razonables. Debe de haber cierta certeza de incumplimiento futuro, en el sentido de que esa situación de peligro tenga una base objetiva y alta probabilidad, de modo que así lo apreciaría una persona razonable en la misma situación. Esto es lo que indica el calificativo de «patente». No se especifica el momento en que debe ser manifiesto o patente que se producirá un incumplimiento esencial, aunque es claro que debe ser antes de la fecha de cumplimiento. No obstante, cabe plantearse si los obstáculos o la situación de riesgo para el cumplimiento del contrato, surgidos antes del perfeccionamiento del contrato, pero conocidos con posterioridad, pueden motivar la resolución del contrato. Es claro que si la causa del riesgo existiese y fuese conocida por el acreedor al tiempo de la celebración o si éste no podía ignorarla, el principio de buena fe impediría acudir a este expediente jurídico. Lo importante, pues, no debe ser el momento en que se produce la causa que provoca el riesgo de incumplimiento, sino que para el acreedor resulta manifiesto o patente en un momento posterior a la celebración del contrato.

B. Previsible incumplimiento esencial. El carácter esencial del incumpli-

46. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, págs. 203-216.

miento no se acota de ninguna manera en el texto de la PMCc⁴⁷. Los autores de la PMCc probablemente han considerado que la propia terminología evoca aquello que quiere indicarse y no hay necesidad de delimitación⁴⁸. No obstante, considero que no hubiera estado de más alguna precisión⁴⁹. Y es que como señalé en otro lugar, «la jurisprudencia ha acuñado ciertas expresiones que, aun teniendo un valor relativo, a fuerza de su reiterada y agotadora transcripción, han acabado por convertirse en máximas de alcance general, cuya formulación abstracta ha provocado en no pocos casos cierta dosis de inseguridad jurídica. [...] el Tribunal Supremo suele tildar el incumplimiento resolutorio con una pluralidad de adjetivos: «verdadero y propio» (entre otras, SSTs 25 noviembre 1992 [RJ 1992, 9588] y 15 noviembre 1994 [RJ 1994, 8836]), «grave» (entre otras, SSTs 8 febrero 1993 [RJ 1993, 690] y 23 enero 1996 [RJ 1996, 639]), «sustancial o esencial» (entre otras, SSTs 3 septiembre 1992 [RJ 1992, 6884] y 9 julio 1993 [RJ 1993, 6330], 11 abril 2003 [RJ 2003, 3017]), «injustificado», «no sanado por una justa causa que lo origine» o carente de «toda causa, razón o justificación» (entre otras, SSTs 16 junio 1992 [RJ 1992, 5141], 26 septiembre 1994 [RJ 1994, 7024], 2 diciembre 1993 [RJ 1993, 9488], 29 septiembre 1994 [RJ 1994, 7024] y 10 junio 1996 [RJ 1996, 4753]). Con esta misma finalidad, como advierte la reciente STS 4 junio 2007 (RJ 2007, 5554), se utilizan tópicos para caracterizar el incumplimiento resolutorio «acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (...) o entidad suficiente

47. Sobre la gravedad del incumplimiento resolutorio suelen manejarse dos concepciones: a) La objetiva, que prima la entidad económica del incumplimiento en relación con el valor total de los intereses del contrato; y b) La subjetiva, que centra su atención en el interés del acreedor y si el incumplimiento ha frustrado el fin del contrato.
48. Sí define lo que se considera incumplimiento esencial la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*. El artículo 64 establece: «Se considera esencial el incumplimiento si a la obligación incumplida se le ha otorgado una importancia decisiva por las partes, o si priva a la parte perjudicada de aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con la función propia del contrato, a menos que la parte que incumple no haya podido prever razonablemente dicho resultado; o cuando determine una justificada pérdida de confianza sobre el cumplimiento por el deudor de las obligaciones futuras derivadas del mismo contrato». En cambio, en la PMCcompraventa, el incumplimiento resolutorio no parece calificado como esencial, sino que el artículo 1486, siguiendo la Directiva 99/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, lo sitúa en la «falta de conformidad de no escasa importancia» («El comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia»).
49. En este sentido, Encarnación ROCA TRÍAS, («El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cit., pág. 9) pone de manifiesto la conveniencia de introducir el concepto de incumplimiento esencial en la PMCc, «para evitar nuevos subjetivismos en un sistema, cuya principal virtud consiste en establecer unos criterios seguros y objetivos para poder apreciar si hay o no incumplimiento. Es cierto que el art 1199 de la Propuesta lo incluye para la resolución, igual que sus precedentes por otra parte, pero mi opinión es que no sería inconveniente tenerlo en la propia definición de incumplimiento». También, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», ADC, 2011, págs. 1708-1709.

para impedir la satisfacción económica de las partes (...), o bien genere la frustración del fin del contrato (...), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (...). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada «quiebra de la finalidad económica». Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin»⁵⁰.

Difiere la PMCc, en este aspecto, de los textos de Derecho Uniforme que delimitan, con mayor o menor amplitud, esta noción. El concepto de «incumplimiento esencial» aparece recogido, en sede de disposiciones generales, en el art. 25 CISG : «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»⁵¹; dos son, pues, los criterios: el incumplimiento debe privar al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato y dicho resultado debe resultar previsible para la parte incumplidora.

Por su parte, los PU, cuando abordan la resolución contractual artículo 7.3.1, delimitan la esencialidad en los siguientes términos: (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado⁵²; (b) la ejecución estricta de la prestación insatis-

50. Rosa M.^a GARCÍA PÉREZ, «La resolución contractual. Artículo 1124», en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil. T. III* (dir. Miguel PASQUAU LIAÑO), 2^a ed. Comares. Granada, 2009, págs. 1981 y 1983.

51. Vid. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 25», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit., págs. 211-222.

52. Comentario 3 «a. Si el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte de sus expectativas/ El primer factor al que hace referencia el parágrafo (2)(a) es que el incumplimiento sea tan esencial que prive a la parte perjudicada de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el contrato./ Ejemplo: El 1^o de mayo «A» contrata la entrega a «B» de software estándar antes del 15 de mayo. «B» ha solicitado que la entrega se efectúe rápidamente. Si «A» ofrece la entrega el 15 de junio, «B» podrá rechazarla y resolver el contrato./ La parte perjudicada no podrá resolver el contrato si la parte incumplidora puede demostrar que no pudo prever, y que razonablemente no hubiera podido prever, que el incumplimiento sería esencial para la otra parte./ Ejemplo: «A» se compromete a remover basura del terreno de «B» durante 1992. «B» omite informar a «A» que «B» ha contratado excavadores a un costo muy alto para comenzar a trabajar en el mismo terreno a partir del 2 de enero de 1993. «B» no puede resolver el contrato por el hecho que «A» no haya limpiado el terreno para el 2 de enero» (*Principios UNIDROIT 2004*, cit., págs. 229-230).

fecha era esencial según el contrato⁵³; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario⁵⁴; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro⁵⁵; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento⁵⁶. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5. Los PU amplían los criterios para la determinación de la esencialidad, además de atender a las consecuencias del incumplimiento y su previsibilidad (a), recogen la esencialidad atribuida por las partes al cumplimiento de una obligación (b); la intencionalidad del incumplimiento (c); la desconfianza en el

53. Comentario 3 «b. *Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación.*/ El párrafo (2)(b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito» (*Principios UNIDROIT 2004, cit, pág. 230*).
54. Comentario 3. «c. *Incumplimiento intencional*/ El párrafo (2)(c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional» (*Principios UNIDROIT 2004, cit, pág. 230*).
55. Comentario 3 «d. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*/ El párrafo (2)(d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato. A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte./ Ejemplo: «A», que es mandatario de «B», presenta recibos falsos a «B» para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por «A» en concepto de reembolso sea insignificante, «B» puede considerar el comportamiento de «A» como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato» (*Principios UNIDROIT 2004, cit, págs. 230-231*).
56. Comentario 3 «e. *Pérdida desproporcionada.* /El párrafo (2)(e) se ocupa de supuestos en los que la parte que no ha cumplido el contrato ha confiado en dicho contrato y se estaba preparando para cumplirlo o se ha ofrecido a hacerlo. En estos casos se debe prestar atención a si dicha parte sufriría un menoscabo desproporcionado en el caso de que su incumplimiento sea considerado como esencial. Es menos probable que el incumplimiento sea considerado esencial en el caso de cumplimiento moroso, posterior a la preparación de la prestación, que si el incumplimiento tiene lugar mucho antes de tal preparación. También cabe tener en cuenta si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o efectivamente entregada puede ser de algún beneficio para la parte incumplidora, si dicha parte de la prestación es rechazada o devuelta./ Ejemplo: El 1º de mayo «A» se obliga a entregar software fabricado especialmente para «B». El contrato dispone que la entrega deberá realizarse antes del 31 de diciembre. «A» ofrece entregarlo el 31 de enero, cuando «B» todavía necesita el software y «A» no puede venderlo a otros usuarios. «B» puede reclamar una indemnización de los daños y perjuicios, pero no puede resolver el contrato» (*Principios UNIDROIT 2004, cit, pág. 231*).

futuro cumplimiento ocasionada por el incumplimiento del deudor (d); y el hecho de que la resolución ocasione al deudor una pérdida desproporcionada (e).

Los PECL lo acotan en el Capítulo VIII, con carácter previo a la regulación específica de los remedios en el Capítulo IX, recogiendo en buena medida los criterios establecidos en los PU, salvo el relativo a la pérdida desproporcionada. Señala el artículo 8:103: Incumplimiento esencial⁵⁷: «*El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato*⁵⁸. (b) *Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado*⁵⁹. (c) *O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte*»⁶⁰. Es también la opción de los RPECL (article 9:103: Fundamental Non-Performance)

-
57. La exigencia de esencialidad es, según los *Guiding Principles*, una manifestación del «Principle favouring the maintenance of the contract (article 0-204)»: «Thus, the principle favouring the maintenance of the contract commands that there is no termination of a contract when the element of non-performance is minor. It is although the right to terminate the contract exists only «if the other party's non-performance is fundamental»»
58. En el Comentario B del artículo 8:103 PECL, se indica respecto de la letra (a) del precepto que «lo relevante no es la gravedad efectiva del incumplimiento, sino el acuerdo de las partes que establece que el respeto estricto del contrato es esencial y que el hecho de desviarse del mismo de cualquier modo afecta a las bases del contrato hasta el punto de permitir que la otra parte se vea liberada de las obligaciones derivadas de dicho contrato. Este acuerdo puede derivar tanto de estipulaciones expresas como de los términos implícitos en el contrato. En este sentido, el contrato puede disponer que en todos los casos de incumplimiento de una parte, la otra podrá poner fin al contrato. El efecto de una disposición de este tipo es que cualquier defecto en el cumplimiento podrá considerarse esencial. Incluso aunque no exista una disposición expresa en este sentido, la ley puede exigir de manera implícita que las obligaciones deban cumplirse de manera estricta [...]. También cabe deducir el deber de observancia estricta [de la obligación] de la manera en que se haya expresado el contrato, de su naturaleza, o de las circunstancias que lo rodeen, así como de la costumbre o de los usos o del desarrollo habitual del negocio entre las partes» [Ole Lando y Hugh (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo...cit.*, pág. 534].
59. En el Comentario C del artículo 8:103 PECL, respecto del apartado (b) se advierte que «no atiende al deber de cumplimiento estricto, sino a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento. Cuando los efectos del incumplimiento se traduzcan en que la parte perjudicada se vea privada esencialmente del beneficio de su negocio, de manera que pierde su interés en cumplir el contrato, habrá en general un incumplimiento esencial. No será éste el caso, sin embargo, cuando la parte que incumple no hubiera previsto dichas consecuencias o no hubiera podido preverlas razonablemente. Para ello habrá que atender a si una persona en la misma situación que la parte que ha incumplido y que hubiera utilizado el mismo grado razonable de aptitud y diligencia, hubiera podido suponer o prever tales consecuencias en el momento de la conclusión del contrato» [Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo...cit.*, pág. 534].
60. En el Comentario D del artículo 8:103 PECL, en relación con el apartado (c), se explica: «aun en los casos en que la estipulación incumplida sea de escasa importancia y las

En el DCFR, la caracterización se realiza en el propio remedio resolutorio (Section 5: Termination, Sub-section 1: Grounds for termination), simplificando aún más los criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento, dado que no se recoge el que pone en relación la esencialidad con la estricta observancia de la obligación incumplida como esencia del contrato. Señala el artículo III. – 3:502: Termination for fundamental non-performance: «(1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental. (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on».

Por su parte, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, entre las disposiciones generales de la Parte IV («Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales»), define lo que se considera incumplimiento de la obligación, indicando a reglón seguido que será esencial si (art. 87.2): «(a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora». La calificación como esencial del incumplimiento de la otra parte es causa de resolución del contrato bien para el comprador (art. 114.1), bien para el vendedor (art. 134).

La terminología difiere en los ACQP y en el Código Europeo de Contratos. En los ACQP, el artículo 8:301 (*Motivos de resolución y de reducción de la prestación*) no se utiliza el concepto de incumplimiento esencial o *fundamental non-performance*, se habla de incumplimiento que no sea de escasa entidad⁶¹ o de

consecuencias del incumplimiento no priven esencialmente a la parte perjudicada del beneficio de su negocio, el incumplimiento puede considerarse como si fuera esencial cuando haya sido intencionado y haya dado a la parte perjudicada motivos para entender que ya no podría contar con el cumplimiento de la otra parte en el futuro». Se ilustra la explicación con algunos ejemplos, como el siguiente: A ha celebrado un contrato con B para vender los productos de este último como distribuidor único y se ha comprometido a no vender otros productos que puedan hacerles la competencia a aquéllos. Sin embargo, A celebra otros contrato con C para vender sus mercancías. Aunque los esfuerzos de A por vender los bienes de C no tenga ningún éxito, B puede considerar la conducta de su deudor A como un incumplimiento esencial [Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo...cit.*, págs. 535-536].

61. En este punto, como advierte Reiner SHULZE («El *Acquis communautaire* y el marco común de referencia para el Derecho contractual europeo», en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 de abril de 2007*. M^a Pilar FERRER VANDRELL y Anselmo MARTÍNEZ CANELLAS (dirs.). Dykinson.

que no sea razonable esperar que el acreedor quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación. Bien es cierto que en este caso el remedio resolutorio es de segundo grado, subsidiario de la pretensión de cumplimiento. El artículo 8:301 señala: Resolución del contrato y reducción de la prestación. «(1) El acreedor puede reducir su prestación de forma adecuada, o resolver el contrato: 1. Si el acreedor no tiene derecho al cumplimiento o a la corrección del incumplimiento, según la Sección 2, o 2. Si el deudor no ha hecho uso de los medios de tutela a que se refiere la Sección 2 en un plazo adecuado. El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si la prestación insuficiente del deudor equivale a un incumplimiento de escasa entidad. (2) Sin perjuicio del párrafo 1, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento, si no es razonable esperar que el acreedor quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación...»⁶².

2009, págs. 57 y 58) difiere el sistema del CISG y PECL respecto del Derecho comunitario europeo: «el art. 49.1 a del Convenio de Viena y, de acuerdo con el mismo, los arts. 9:301, 8:103 PECL, exigen que tal falta de conformidad sean «esencial». Por el contrario, en el Derecho comunitario, los arts. 3.2 y 3.5 y 3.6 de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo establecen otra solución: basta cualquier infracción o incumplimiento que no sea de escasa importancia; es decir, no se requiere que sea «esencial». En contrapartida, generalmente se establece un plazo al deudor para que pueda corregir el cumplimiento, esto es, para proceder a la reparación o sustitución de la cosa» Se pregunta el autor cuál de las dos opciones es la que mejor se adapta a los tiempos actuales y especialmente a la unificación del mercado interior, indicando: «el Convenio de Viena se hace eco de las dificultades que en el momento de su promulgación podrían existir para introducir las antes referidas garantías del cumplimiento («Nacherfüllung»), debido a los costes elevados de transporte a los diferentes lugares en los que se desarrollaban las relaciones jurídicas, aranceles y otros gastos inherentes a las relaciones transfronterizas... Pero desde que se promulgo el Convenio de Viena hasta la actualidad, los costes de transporte internacional de mercancías han disminuido, de manera que ahora es más factible introducir las referidas garantías legales («Nacherfüllung») y con ello, la realización de la prestación programada. Los otros dos obstáculos apenas afectan al comercio en la Unión europea, regido por los principios de la unidad del mercado interior y el sistema de cooperación judicial».

62. Vid. Esther ARROYO I AMAYUELAS («La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007-* Coords.: DÍAZ ROMERO/DOMÍNGUEZ LOZANO/GARCÍA GREWE/JEREZ DELGADO/PÉREZ ÁLVAREZ/RODRÍGUEZ GUITIÁN/RODRÍGUEZ MARTÍNEZ/VARELA GIL. Cizur Menor. Navarra, 2008, págs. 49-157, en particular, págs. 124 y 125): «La semejanza entre las provisiones del *Acquis* y el Convenio de Viena se aprecia en numerosos ejemplos. (...). Otro, los medios de tutela para el caso de incumplimiento, también comunes en el *acquis* y en el CV. Es, sin embargo, una diferencia fundamental el hecho de que en la Dir. 99/44 (art. 3) aparezcan jerarquizados. El dato es básico a la hora de valorar la gravedad del defecto que permite la resolución, puesto que no es seguro que "carácter esencial de la falta de conformidad" (art. 25, 49.1 CV) sea expresión equivalente a "defecto que no sea menor o de escasa importancia" (art. 3.6 Dir. 99/44). Si se atiende a la estructura de los remedios en una y otra norma, no deberían reputarse expresiones sinónimas. En un sistema jerarquizado, el vendedor ha tenido antes la oportunidad de proceder a la sustitución o a la reparación. Si, no siendo el defecto una bagatela, no los

Para el Código Europeo de Contrato, el incumplimiento resolutorio ha de ser un incumplimiento grave en los términos del art. 107 (*Incumplimiento grave*):

«1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.

2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.

3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor.»

A efectos, pues, de incumplimiento previsible resolutorio, la determinación de lo que sea «esencial» no queda acotada en la PMCc que, a diferencia de los textos mencionados, no recoge los criterios que determinan cuándo el incumplimiento será esencial; su delimitación deberá hacerse a la vista de la doctrina jurisprudencial sobre incumplimiento resolutorio. El supuesto más claro sería el de imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya sea por destrucción, pérdida de la cosa, enajenación a tercero, etc⁶³. Fuera de estos supuestos sería necesario que la «indisponibilidad» para cumplir coincidiera con lo que la jurisprudencia ha considerado como «voluntad obstativa al cumplimiento que frustre las legítimas expectativas de la contraparte», una «voluntad indubitada de incumplimiento con frustración del fin del negocio»...

D. Otorgamiento por el acreedor de un plazo razonable, a fin de que el deudor cumpla o preste garantías de cumplimiento. La razonabilidad del plazo es un concepto indeterminado, cuya apreciación deberá hacerse en función del caso. Tal indeterminación parece justificar la opción, no recogida en la PMCc, pero adoptada por el artículo 62.3 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de*

ha autorizado (art. 3.3 Dir. 99/44), es razonable facilitar al comprador la resolución, mucho más que atender a la gravedad del defecto (que, sólo será determinante para saber si lo que en realidad procede es la rebaja del precio; será el caso si el defecto es nimio). Cuando, por el contrario, el comprador tiene un *ius variandi*, como sucede en la CV, los criterios para apreciar la esencialidad del defecto deben ser más estrictos./ Los ACQP [art. 8:301 (1): v. siguiente nota] optan por la solución comunitaria, no sólo por ser preferente en el *acquis* sino porque, al decir de sus redactores, además equilibra mejor los intereses en juego».

63. En opinión de Nieves FENOY PICÓN («La modernización del régimen del incumplimiento del contrato...», ADC, 2011, *cit.*, pág. 1592), el riesgo de futuro incumplimiento ha de ser claro, como sucede cuando, por ejemplo, «el deudor es incapaz de ejecutar todos los contratos que ha celebrado, incluido aquel que le interesa al acreedor, o el deudor adolece de una insuficiencia patrimonial con muy alta probabilidad de no poder remontarla para la fecha de cumplimiento del contrato, o es definitivamente insolvente».

Modificación del Código de comercio, de permitir al acreedor suspender el cumplimiento de su propia prestación durante el plazo concedido al deudor para cumplir o prestar garantía.

El deudor puede, pues, enervar la resolución cumpliendo u ofreciendo garantía adecuada, es decir, proporcional a la situación de que se trate y que haga creíble el propósito de cumplimiento. Lo que sea garantía adecuada es un concepto abierto cuya concreción resultará del caso en particular. La no prestación de tales garantías equivale a incumplimiento que legitima el ejercicio de la resolución.

No obstante, la concesión del plazo es innecesaria y queda dispensada, pudiendo el acreedor resolver directa e inmediatamente, cuando el deudor ha declarado que no cumplirá; por tanto, según resulta del precepto, se exige una declaración, de modo que el comportamiento del deudor reticente al cumplimiento, por concluyente que sea, no exonera de la concesión del plazo. No obstante, pienso que en otros casos, no previstos en la norma, puede igualmente no ser razonable esta exigencia, me refiero a los supuestos en que exista un obstáculo que imposibilita el cumplimiento del contrato o cuando se exige una renegociación a la otra parte como condición para cumplir la propia prestación⁶⁴.

La falta de cualquiera de estos presupuestos (el riesgo de incumplimiento no es patente, el previsible incumplimiento no alcanza el rango de esencial, rechazo indebido de las garantías ofrecidas...) hace que el acreedor actúe a su propio riesgo y la resolución no sea procedente.

III. REFLEXIÓN FINAL

Cabe valorar positivamente la novedad que representa la PMCc recogiendo la doctrina del incumplimiento anticipado o previsible. Se trata de una figura que, sin duda, ofrece ciertos beneficios al acreedor: por un lado, le abre la vía para utilizar los remedios contractuales frente al incumplimiento sin esperar a que el paso del tiempo frustre definitivamente su interés contractual; por otro, le permite cubrir la falta de cumplimiento del deudor acudiendo a un mercado alternativo para obtener una prestación de reemplazo. No obstante, también puede comportar un beneficio para el deudor, en cuanto que las medidas adoptadas por el acreedor para mitigar el daño, pueden repercutir en la indemnización, reduciendo los daños que deba reparar (vid. artículo 1211 PMCc: «No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcirlos

64. CARRASCO PERERA (*Derecho de contratos...*, cit., pág. 870), lo califica como supuesto de «repudiación», Cita el autor la STS 27 junio 1988 (RJ 1988, 3438): «... el vendedor rompe el contrato y propone uno nuevo, acorde con el mayor coste de la materia prima, haciendo valer la cláusula *rebús sic stantibus*. El TS considera que es incumplimiento por repudiación y que no se puede imponer una variación cuando el comprador tiene ya revendida la mercancía a tercero por un determinado precio.»

gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas»).

Hay, sin embargo, un matiz que convendría incorporar en este ámbito en línea con los textos internacionales. CISG, PU, PECL y DCFR distinguen entre la «creencia o temor razonable de incumplimiento» como causa para suspender el propio cumplimiento («excepción de riesgo de incumplimiento»⁶⁵) y la «evidencia» de incumplimiento anticipado como causa de resolución contractual, en la PMCc el incumplimiento anticipado sólo permite la resolución contractual. A mi juicio, no estaría de más ampliar el radio de acción del incumplimiento previsible para permitir en tales supuestos su funcionamiento como fundamento para que el acreedor pueda suspender el propio cumplimiento⁶⁶.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.): *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.

ANDREU MARTÍNEZ, Belén: «Incumplimiento anticipado»: regulación en los principios de Derecho contractual Europeo», en *Bases de un Derecho contractual europeo*, ed. Tirant lo Blanch, 2003, págs. 333 y ss.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther:

—«La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*. Coords.: DÍAZ ROMERO/DOMÍNGUEZ LOZANO/GARCÍA GREWE/JEREZ DELGADO/PÉREZ ÁLVAREZ/RODRÍGUEZ GUITIÁN/RODRÍGUEZ MARTÍNEZ/VARELA GIL. Cizur Menor. Navarra, 2008, págs. 49-157.

—«Los Principios del Derecho contractual comunitario», *ADC*, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211 y ss.. También publicado en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 de abril de 2007*, M^a Pilar FERRER VANDRELL y Anselmo MARTÍNEZ CANELLAS (Dirs.), Dykinson, 2009, págs. 62 y ss.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE/SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, European law publishers, Munich, 2008, Parte III.

65. En terminología de Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pág. 1727.

66. A propósito de esta cuestión, en nuestro actual sistema, CARRASCO PERERA (*Derecho de contratos...*, cit., pág., 870) considera, en orden a la posibilidad de oponer la excepción en caso de incumplimiento previsible («repudiación»), que esto «dependerá de si en general hubiera estado legitimado para excepcionar en caso de que se hubiera tratado de un incumplimiento actual».

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario al artículo 25», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir. y coord.). Civitas. Madrid, 1998, págs. 211-222.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Comentarios a los artículos 71 y 72», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir. y coord.). Civitas. Madrid, 1998, págs. 560-573

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

CASTETS-RENARD, Céline: «Les projets de réforme du droit français des contrats», *Osaka University Law Review*, nº 57, febrero 2010, págs. 65-86.

CLIVE, Eric: «The Principles of European Law and draft European Civil Code: some observations on drafting», *Bases de un Derecho contractual europeo*. Tirant lo Blanch, 2003.

CHEN-WISHART, Mindy: *Contract Law*, 2ª Ed. Oxford University Press, 2008.

DE BARRÓN ARCNICHES, Paloma: *El contrato de servicios en el Nuevo Derecho contractual europeo*. Ed. Reus. Madrid, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Thomson-Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, Encarnación./MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, ed. Civitas, Madrid, 2002.

ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

FENOY PICÓN, Nieves:

–«La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, págs. 47-136.

–«La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2012, págs. 1481-1684.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n.º 4, págs. 299 y ss.

GARCÍA PÉREZ, Rosa M.ª:

–«La resolución contractual. Artículo 1124», en *Jurisprudencia civil comen-*

tada. Código civil. T. III. Dir. Miguel Pasquau Liaño, 2ª ed. Comares. Granada, 2009, págs. 1968-2004.

–«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*, cit., págs. 330-368.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los Principios Lando», en *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*. Dir. Esteve BOSCH CAPDEVILA, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, págs. 151-182.

GALICIA AIZPURUA, Gorka y GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, en *Tratado de Contratos (Civiles, Mercantiles y Administrativos)*. Tomo I. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant lo Blanch, 2009

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Indret* 1/2012.

JEREZ DELGADO, Carmen y PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009– I, págs. 155-179.

LANDO, Ole: «The European Principles in an Integrated World», *European Review of Contract Law*, 1/2005, págs. 3-18

LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.):

–*Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 –edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003.

–*Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 –edición española a cargo de Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, Fernando MARTÍNEZ SANZ. *Principios de Derecho contractual europeo, Parte III* (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Madrid, 2007.

LOBATO GÓMEZ, Miguel: «El incumplimiento del contrato», en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía)*, I y II. *Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Carlos Vattier, Jose María De la Cuesta Sáenz y José María Caballero (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2003.

MAZEAUD, Denis: «Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français», *European Review of Contract Law*, 1/2010, págs. 1-24.

MITCHELL, Charles and Paul: *Landmark Cases in the Law of Contract*, Hart. Oxford, 2008.

MORALES MORENO, Antonio Manuel:

–«Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC*, 2003, págs. 1609-1651.

–*La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, 2006.

PALAZÓN GARRIDO, M^a Luisa: «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Civitas, 2009, págs. 769 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, págs. 1719 y ss.

PERILLO, Joseph M.: *Calamari and Perillo on contracts*, 6^a Ed. Thomson Reuters, 2009.

PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *Indret*, 4/2009, págs. 1-12.

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING PRIVATE LAW (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract 1*, Munich, Sellier, 2007.

ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio 2011, págs. 1-26

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, 2011, págs. 1685-1724.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y MOYA ESCUDERO, Mercedes (eds.), *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003.

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi/UNIDROIT.

VAQUER ALOY, Antoni (ed.): *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 16, julio 2011, pp. 243-302.

VON BAR, Christian/ CLIVE, Eric/ SCHULTE-NÖLKE, Hans (ed.):

–*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2008.

–*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.



Reseñas

