

Sonia Martín Santisteban  
Universidad de Cantabria

## La pretensión de cumplimiento en las Propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos

### Sumario

*El trabajo aborda la regulación de la pretensión de cumplimiento en forma específica, analizando y comparando las dos Propuestas españolas de Modernización del Código Civil, con los textos armonizadores internacionales y de derecho europeo que les sirven de base y con el derecho actual. La autora parte de un breve estudio del incumplimiento y de cómo se enmarca la pretensión de cumplimiento en el conjunto de remedios de que dispone el acreedor. A continuación, se detiene en cuestiones como el cumplimiento por equivalente y la operación de reemplazo, que siguen dividiendo a la doctrina. Finalmente, se centra en los límites del cumplimiento, tal y como han sido formulados en las Propuestas de Modernización.*

### Abstract

*The paper deals with the regulation of specific performance, analyzing and comparing the two Spanish Proposals for the Modernization of the Civil Code with the international harmonizing texts and European law on which they are based and with current law. The author starts with a brief study of non-performance and how the claim for performance is framed in the set of remedies available to the claimant. Next, she stops at issues such as performance by equivalent and the substitute transaction, which continue to divide the doctrine. Finally, she focuses on the limits of performance, as formulated in the Modernization Proposals.*

**Title:** *Specific performance in the Proposals for the modernization of the law of obligations and contracts*

**Palabras clave:** Cumplimiento en forma específica, cumplimiento in natura, cumplimiento forzoso, cumplimiento por equivalente, operación de reemplazo, remedios, Propuestas de Modernización

**Keywords:** *Specific performance, in natura performance, enforced performance, equivalent performance, substitute transaction, remedies, Modernization Proposals*

**DOI:** 10.31009/InDret.2025.i2.02

2.2025

Recepción  
02/01/2025

Aceptación  
16/03/2025

## Índice

-

### **1. Introducción. Objeto del trabajo**

### **2. La noción de incumplimiento**

### **3. Los remedios y su interrelación**

### **4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento**

### **5. La pretensión de cumplimiento específico y la operación de reemplazo**

### **6. El régimen jurídico de la pretensión de cumplimiento específico**

#### 6.1. Obligaciones pecuniarias

#### 6.2. Obligaciones no pecuniarias. Límites al cumplimiento en forma específica

a. Imposibilidad física o jurídica de la prestación y derecho a los subrogados de la cosa

b. Excesiva onerosidad. Relación con la alteración sobrevenida de circunstancias

c. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo

d. Otros límites al cumplimiento en forma específica

#### 6.3. Reparación y sustitución

#### 6.4. *Ius variandi* del acreedor

### **7. Conclusiones**

### **8. Bibliografía**

### **9. Resoluciones judiciales**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción. Objeto del trabajo\*

El objeto de este trabajo es el estudio del cumplimiento en forma específica en las Propuestas de Modernización del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, formuladas por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y 2023<sup>1</sup>. Para ello se comparará el texto de ambas Propuestas ya que, tal y como indica el Prólogo de la Propuesta de 2023 (PMCC 2023), ésta constituye una revisión de la Propuesta de 2009 (PMCC 2009), actualizándola y «en parte» introduciendo modificaciones sustanciales. Asimismo, se resaltarán las novedades que recogen ambas Propuestas respecto del régimen jurídico actualmente vigente, contenido principalmente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en las interpretaciones doctrinales. En ambas Propuestas es perceptible la influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (CISG)<sup>2</sup>, de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT<sup>3</sup>, y de los precedentes armonizadores del derecho contractual europeo (*Principles of European Contract Law* -PECL<sup>4</sup>- y *Draft of Common Frame of Reference* -DCFR<sup>5</sup>- en el caso de la PMCC 2023). Por ello, aludiremos a dichos precedentes en la medida en que ayuden a entender el contenido de los textos españoles.

Comenzaremos por abordar de forma sucinta la noción de incumplimiento que acogen las dos Propuestas, ya que la misma abre el recurso a los mecanismos de tutela del acreedor y ayuda a entender la función asignada al cumplimiento en forma específica. A continuación, se estudiará la interrelación entre el cumplimiento y otros remedios, especialmente con la indemnización de daños y perjuicios, en la que quedan absorbidos el denominado cumplimiento por equivalente y la operación de reemplazo. Finalmente, se analizará el régimen jurídico de la acción o pretensión de cumplimiento, principalmente sus límites y las dos modalidades de cumplimiento a las que aluden las propuestas: la reparación y la sustitución de la prestación defectuosa.

## 2. La noción de incumplimiento

---

\*Sonia Martín Santisteban (sonia.martin@unican.es). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español», PID2022- 138909NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>1</sup> COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid, 2009. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, LXIII, enero 2009, Suplemento. Disponible en [https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/propuesta\\_de\\_modernizacion\\_del\\_codigo\\_civil.pdf](https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/propuesta_de_modernizacion_del_codigo_civil.pdf) y Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Madrid, 2023. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>.

<sup>2</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York 2011. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

<sup>3</sup> UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2016. Disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

<sup>4</sup> BARRES BENLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ (ed.), *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II, Colegios Notariales de España, 2003.

<sup>5</sup> VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008. Disponible en [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf)

Son muchos los estudios doctrinales que han dado cuenta del modelo de incumplimiento que acoge la PMCC 2009<sup>6</sup>, inspirado en la CISG (art. 45 y concordantes). De acuerdo con el art. 1188 de dicha Propuesta, «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»<sup>7</sup>. A este modelo responden también los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1) y los principales textos de derecho europeo de contratos (arts. 1:301 y 8:101 PECL- y art. III.1:102 DCFR), la normativa española sobre venta de consumo (art. 117 LGDCU, fruto de la transposición de las directivas 1999/44 y 2019/771 del Parlamento Europeo), así como los ordenamientos que han procedido a reformar su derecho de obligaciones y contratos en los últimos años (Países Bajos en 1992, Alemania en 2001, Francia en 2016 o Bélgica en 2023).

La PMCC 2023 acoge el mismo concepto unitario, amplio y objetivo que arranca de la falta de conformidad entre la prestación proyectada y la ejecutada: «Hay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a ésta» (art. 1171.1 PMCC 2023). El incumplimiento es independiente de cuál sea su origen y de a quien le sea imputable y se extiende al incumplimiento de las obligaciones consideradas parte integrante de la relación contractual. Tal y como indica la Exposición de Motivos de la PMCC 2023, esta noción unitaria conlleva la desaparición de figuras como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, que quedan ahora embebidas en la más general del incumplimiento<sup>8</sup>. Cualquier forma de discrepancia entre la prestación proyecta y la ejecutada constituye incumplimiento del contrato, y siempre que concurran los respectivos presupuestos, permite a quien lo padece activar los mecanismos para remediar el mismo y satisfacer el interés del acreedor.

Pero la PMCC 2023 aporta alguna precisión más respecto del texto de 2009.

1) Por una parte, se incorpora a la definición de incumplimiento el elemento de la falta de satisfacción del interés del acreedor (art. 1171). La doctrina más autorizada venía sosteniendo que la noción de incumplimiento de la PMCC 2009 se caracteriza por que el mismo implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato<sup>9</sup>. Afirma MORALES MORENO que, frente al enfoque tradicional, en que la vinculación contractual se construye sobre el deber de conducta del deudor, «lo más adecuado en el nuevo derecho de contratos, es entender la vinculación contractual, no como un deber de conducta del deudor sino como la garantía del

<sup>6</sup> Entre otros, VIDAL OLIVARES, «La noción de incumplimiento esencial en el código civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 32, 2009, p. 233. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722011000100007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007); FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, vol.LXIII, fasc.I, 2010, pp. 47-136; MORALES MORENO, «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 27 y *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*, Ibañez, 2016, pp. 90-96; GARCÍA PÉREZ, «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, pp. 330-368.

<sup>7</sup> Definición que ya había proporcionado DíPEZ-PICAZO en su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed., 2008, p. 654: «hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben».

<sup>8</sup> COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Madrid, 2023. Exposición de Motivos, op. cit., p. 29

<sup>9</sup> En este sentido: FENOY PICÓN, *ADC*, vol.LXIII, fasc. I, 2010, p. 70 y GARCÍA PÉREZ, en ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, p. 362.

resultado de satisfacción del interés del acreedor. El deudor está obligado a satisfacer el interés del acreedor, en la medida en que resulta del contrato (del fin de protección del contrato). El contenido de la relación obligatoria contractual traspasa los límites del mero cumplimiento del deber de prestación. Por eso, existe vinculación contractual, aunque sea imposible el deber de prestación (imposibilidad inicial)<sup>10</sup>.

Pero, si a través del contrato el deudor se obliga a satisfacer el interés del acreedor incorporado al mismo, lo lógico habría sido incluir dicha satisfacción entre las funciones del cumplimiento en el art. 1132 PMCC 2023<sup>11</sup>, que sólo menciona como tales la extinción de la obligación y la liberación del deudor. Y tampoco se indica claramente si para que haya incumplimiento es preciso, además de que el deudor no ejecute exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria, que el acreedor no satisfaga su interés conforme a esta. De ser la insatisfacción del interés del acreedor una condición suplementaria, no habrá incumplimiento cuando, a pesar de no haberse ejecutado la prestación debida, no se ve frustrado su interés. Pongamos como ejemplo un supuesto que aparece en los PECL para ilustrar los límites al cumplimiento en forma específica y que, de acuerdo con la redacción propuesta por la PMCC 2023, obligaría a plantear, antes de determinar si el deudor puede oponer al acreedor la excepción por excesiva onerosidad o si el acreedor puede pedir la indemnización de daños, si hay o no incumplimiento. Un sujeto arrienda un terreno para llevar a cabo una operación de minería y se obliga a restituirlo debidamente nivelado. Llegada la fecha de vencimiento del contrato, el cumplimiento de dicha obligación ya no es de utilidad al arrendador porque éste ha vuelto a arrendar el mismo terreno, para después que le sea restituido, con el objetivo de ser utilizado como área de entrenamiento para tanques<sup>12</sup>. A no ser que el arrendador demuestre que el incumplimiento le ha causado un perjuicio con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo contrato (por ejemplo, porque no ha podido usar el terreno), no habrá incumplimiento puesto que no se ha visto insatisfecho su interés.

El papel central que pasa a desempeñar en el incumplimiento la satisfacción del interés del acreedor se manifiesta en el ámbito de los remedios. Como vamos a ver, no sólo el acreedor tiene la facultad de optar por aquel remedio que mejor satisfaga su interés, sino que las Propuestas positivizan nuevos mecanismos (la reducción del precio, la operación de reemplazo, la resolución del contrato ante un riesgo patente de incumplimiento esencial o ante un incumplimiento no

---

<sup>10</sup> Añade MORALES MORENO, *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Ibañez, 2006, pp. 83-84, que «Esta nueva concepción tiene importantes consecuencias: 1. Los estados de la realidad (hechos) pueden formar parte del contenido de la vinculación contractual. Aunque el deudor no esté obligado a transformar la realidad por medio de su prestación, por ser imposible, sí puede estar obligado a garantizar al otro contratante la satisfacción del interés que tiene en que la realidad sea tal y como la ha presupuesto el contrato; en la medida en que, conforme al contrato, ese riesgo incumbe al deudor (se trate de una presuposición garantizada (...)). 2. La nueva construcción de la vinculación contractual no solo supone la redefinición del contenido del derecho de crédito (siendo entendido como garantía de satisfacción del interés del acreedor), sino también una reasignación de la función de la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria. (...) Esa reasignación de funciones tiene las siguientes consecuencias: la pretensión de cumplimiento ensancha su cometido. No se limita a la imposición coactiva del cumplimiento de la obligación (de la conducta debida, por ej: entregar la cosa debida). Puede traspasar el contenido estricto del deber de prestación. Por ejemplo: estando el vendedor obligado a entregar una cosa conforme al contrato, si no cumple esa obligación, el acreedor puede exigirle (bajo ciertos presupuestos) la reparación o sustitución de la cosa entregada. (...). El remedio de la indemnización de daños también se transforma, profundamente, en la vinculación contractual, propia del nuevo Derecho de obligaciones. Deja de ser un remedio secundario, que solo surge en casos de incumplimiento del deber de prestación del deudor, y se transforma en un remedio primario. Su función es satisfacer el interés del acreedor, garantizado por el contrato (fin de protección del contrato), así como la indemnización de otros posibles daños, canalizada a través de la responsabilidad contractual (interés de integridad)».

<sup>11</sup> En este sentido VERDERA SERVER, Conferencia «El incumplimiento y sus remedios», en *Jornada: Estudio sobre la Propuesta de Modernización del CC en de obligaciones y contratos de 2023*, Colegio Notarial de Madrid, jueves 25 abril 2024. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=EAdz4LiALOQ>

<sup>12</sup> Ver epígrafe 6.2.3. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo.

esencial por retraso o prestación defectuosa, y la reparación o la sustitución de la prestación defectuosa) dirigidos a proteger ese interés.

2) Siguiendo otros textos de derecho europeo<sup>13</sup>, el art. 1171.2 PMCC 2023 explicita el carácter objetivo del incumplimiento, al añadir que «existe incumplimiento, aunque éste no sea imputable al deudor». Aunque estamos ante una aclaración que nadie discutía en la PMCC 2009<sup>14</sup>.

3) Al igual que el art. 1188 PMCC 2009, el art. 1171.1 PMCC 2023 comienza situando el incumplimiento en la esfera del deudor<sup>15</sup>, pero el art. 1171.3 PMCC 2023 añade que «también constituye incumplimiento la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación». De ahí que el art. 1173 PMCC 2023 enumere los remedios que, ante el incumplimiento del contrato, puede ejercer «el contratante insatisfecho» y no ya «el acreedor», y que en sede de indemnización de daños se precise que «El deudor tiene derecho a ser indemnizado por los daños que le cause el incumplimiento del deber de colaboración del acreedor» (art. 1187.2 PMCC 2023)<sup>16</sup>.

Cuando el incumplimiento del deudor se debe en exclusiva a la falta de la necesaria colaboración del acreedor, no podrá invocar éste el incumplimiento causado por su acción u omisión (art. 1188 PMCC 2009 y art. 1171.4 PMCC 2023). Luego no sólo pierde el acreedor su derecho a invocar los remedios frente al incumplimiento del deudor, sino que el deudor podrá ejercer los remedios pertinentes frente al acreedor (la indemnización de daños a la que alude el art. 1187.2 PMCC 2023, pero también los demás remedios frente al incumplimiento). Cuando la falta de colaboración ha interferido solo parcialmente en el incumplimiento del deudor, estaremos ante un supuesto de concurrencia de culpas, al que se refiere la PMCC 2023 -no así la PMCC 2009<sup>17</sup>-

<sup>13</sup> También aluden al carácter justificado o no del incumplimiento los PECL (art. 1:301(4) y el DCFR (art. III. 1:102(3)). No lo hace el texto de los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1), pero sí sus comentarios. Acerca de la noción de incumplimiento y los remedios frente al mismo en los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR: PÉREZ VELÁZQUEZ, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016; VAQUER ALOY, «Incumplimiento del contrato y remedios», CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, 2003, pp. 525-554; MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, 2003, p. 323 ss.; GÓMEZ CALLE, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC.*, t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 36-42; PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Aranzadi, 2014; MALO VALENZUELA, *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference*, Navarra, 2016.

<sup>14</sup> Ver nota 1.

<sup>15</sup> Los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1), y los comentarios a los PECL (arts. 1:301 y 8:101) predicen el incumplimiento de «una parte», es decir, tanto del deudor como del acreedor.

<sup>16</sup> A la necesaria colaboración o cooperación se refieren también los tres textos (Principios UNIDROIT: art. 5.1.3 PECL: arts 1:202 y 1:301(4); y DCFR: art. III.1.104) aclarando que no cualquier falta de cooperación constituye incumplimiento. El comentario al art. 1:202 PECL afirma que el deber de colaborar se limita a aspectos del cumplimiento en los que la otra parte tenga un interés, y los Principios UNIDROIT y el DCFR recogen la obligación de cooperar con la otra parte, cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones. Los comentarios al art. 1:202 PECL y al art. III.1:101(4) DCFR añaden además que dicho incumplimiento constituye la quiebra de una obligación contractual que permite aplicar los diversos medios de tutela previstos para caso de incumplimiento.

<sup>17</sup> Entiende FENOY PICÓN, *ADC.*, vol.LXIII, fasc. I, 2010, p. 94, que puede entenderse que este supuesto está en el espíritu del art. 1188.II PMCC 2009, siendo el aplicador del Derecho quien haya de determinar en cada caso concreto las oportunas consecuencias jurídicas en cuanto a los remedios. En el mismo sentido GÓMEZ CALLE, *ADC.*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 42, para quien, aunque el art. 1188.2 PMCC solo contempla directamente el incumplimiento debido en su totalidad al deudor, no parece haber inconveniente alguno en adaptarlo al caso en que le es debido sólo en parte. El art. 1188.2 justificaría así la rebaja de la indemnización que pueda pretender el acreedor.

en sede de resarcimiento: «El deudor no responderá del daño en la medida en que el acreedor hubiera concurrido a causarlo» (art. 1192.1 PMCC 2023)<sup>18</sup>.

En nuestro derecho no existe ninguna regla general que atribuya a la falta de colaboración del acreedor carácter de incumplimiento contractual, con el consiguiente recurso a los remedios por incumplimiento. Sólo existen ejemplos de esta falta de colaboración, a los que la ley atribuye consecuencias adversas -por ejemplo, el riesgo de pérdida de la cosa o imposibilidad de la prestación (arts. 1185, 1452, 1589, 1590 CC)- y a los que la jurisprudencia atribuye el efecto de purgar la previa mora del deudor, si existía, y evitar la producción de la mora del deudor, si la del acreedor es previa (SSTS 7 de julio de 1987, 10 de junio de 1996 y 30 de diciembre de 1998<sup>19</sup> y Autos 3 de octubre 2018 y 23 de noviembre 2022<sup>20</sup>). Lo habitual es que el deudor haga valer la falta de colaboración en el momento en que se le exige el cumplimiento o la resolución (por ejemplo, cuando la parte vendedora hace valer la resolución del contrato de compraventa inmobiliaria, la compradora alega la previa oferta de pago). Pero nuestros tribunales también han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la falta de colaboración cuando se solapan la *mora creditoris* y la *mora debitoris* (la misma parte contractual se niega a recibir la oferta, en calidad de acreedor, y a pagar lo que debe en calidad de deudor), y la contraparte es quien demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación de colaborar, los daños derivados de la falta de colaboración y el cumplimiento de lo debido en concepto de deudor (ST de 18 de octubre de 2007)<sup>21</sup>.

4) El art. 1171.3 PMCC 2023 añade que «los remedios previstos para el incumplimiento del contrato son aplicables al de otras relaciones obligatorias, en la medida en que resulten adecuados a la naturaleza de cada una de ellas». De esta manera, la PMCC 2023 reconoce el papel central que ha ido asumiendo el contrato, relación bilateral, frente a la obligación, relación

<sup>18</sup> En el mismo sentido los Principios UNIDROIT (art. 7.4.7), los PECL (art. 9:504) y el DCFR (art. III. 3:704), que distinguen entre cuando la conducta del acreedor fue causa parcial del incumplimiento y cuando no lo fue, pero agravó o contribuyó a los efectos perjudiciales del incumplimiento.

<sup>19</sup> En las SSTS 445/1987, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:1987:8493), 480/1996, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:1996:3505) y 1247/1998, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:8020), la parte vendedora ejerce la resolución contractual por falta de pago del precio acordado. El Tribunal Supremo entiende que no procede el requerimiento tendente a resolver el contrato, y en su caso a indemnizar daños, por haberse verificado el requerimiento notarial después de que se hubiera ofrecido el pago de lo adeudado a la vendedora. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, con ocasión de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de 22 de abril de 2000 (ECLI:ES:TSJNA:2000:785), entiende que el válido ofrecimiento de pago por el optante evita por sí la caducidad o resolución de los derechos que afecten a las partes.

<sup>20</sup> En los Autos de 3 de octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10192A) y 23 de noviembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:16594A), el Tribunal Supremo declara que la facturación tardía del suministro eléctrico o la desidia del arrendador en el cobro de la renta no extinguen, per se, el derecho de cobro de la renta por parte del arrendador ni la obligación de su p por parte del inquilino, «por más que tenga algunos efectos jurídicos como excluir la mora del deudor o imposibilitar una resolución del contrato por culpa del obligado» (Auto de 3 de octubre 2018) o que implique «la posibilidad del arrendatario de resolver el contrato por incumplimiento (...) y facultarle (si quería quedar liberado de su obligación de pago) a realizar la consignación judicial de las rentas» (Auto de 23 de noviembre 2022).

<sup>21</sup> STS 1092/2007, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6436): La empresa fabricante de unos termos demanda a la compradora solicitando a la vez, el cumplimiento de la colaboración debida (recibir la cantidad completa respecto de la que se había celebrado el contrato, pues solo fueron recibidos 28.400 de 60.000 termos), el pago de la cantidad pendiente y los daños producidos por la no recepción de la mercancía. El alto tribunal confirma las sentencias de instancia que acogieron la demanda, ordenando a la compradora hacerse cargo de los 31.600 termos restantes, abonar la cantidad reclamada en la demanda por los mismos, junto a los intereses moratorios, e indemnizar a la demandante vendedora por los perjuicios ocasionados por el almacenaje y comunicaciones a la compradora dirigidas al cumplimiento de la obligación de entrega. Entre los fundamentos jurídicos de la sentencia del juzgado de instancia núm 9 de León: «la cuestión planteada pasa necesariamente por resolver en qué momento preciso, o bien dentro de qué plazo debía la demandada Caja España dirigir a Bacab Marketing, SL, la obligada comunicación, manifestándole el lugar y momento de la entrega de los 31 600 termos “restantes”; pues en tal momento incurrió Caja España en la situación de “mora creditoris”, con la doble consecuencia de excluir, por un lado, la “mora debitoris” o mora del deudor, y por otra parte, de responder de los daños que el retraso en el ordenado desenvolvimiento del contrato, haya ocasionado a la contraparte».

unilateral, en nuestro derecho patrimonial<sup>22</sup>. La regulación del incumplimiento de la obligación, contenida en el Código Civil, queda desplazada hacia el incumplimiento del contrato, dando cabida a una concepción sinalagmática de la relación obligatoria<sup>23</sup>. Ello permite generalizar remedios como la reducción del precio, ahora prevista en la compraventa, o la suspensión de la propia prestación, que también se encuentra prevista en casos concretos (arts. 1466, 1467 y 1502CC).

### 3. Los remedios y su interrelación

Ambas Propuestas cubren la ausencia, en nuestro ordenamiento, de una regulación general de los mecanismos de defensa ante el incumplimiento, que aparecen enumerados de forma fragmentaria y dispersa en el Código Civil y la LEC.

La PMCC 2009 pone a disposición de quien padece el incumplimiento un sistema de «instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico»<sup>24</sup>, regulados en los arts. 1190 y ss., y que, de acuerdo con el art. 1190 PMCC 2009, consisten en exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, la posibilidad de exigir además la indemnización de los daños y perjuicios producidos<sup>25</sup>. La PMCC 2009 dedica un precepto separado, tratándose de relaciones obligatorias sinalagmáticas, al remedio de la suspensión total o parcial del cumplimiento de la propia prestación (art. 1191PMCC 2009). La facultad del acreedor de elegir entre los distintos remedios -siempre que concurren los requisitos legales exigidos para articular cada uno- se encuentra implícita en el uso de la conjunción alternativa «o», por parte del art. 1190 PMCC 2009, y en la ausencia de un precepto similar al art. 1485 PMCC 2009 que, en el caso del contrato de compraventa, jerarquiza claramente los remedios a disposición del comprador en caso de incumplimiento consistente en la entrega de la cosa no conforme con el contrato.

La PMCC 2023 no aporta novedades sustanciales a estas dos disposiciones de carácter introductorio, refundidas ahora en un solo artículo (art. 1173 PMCC 2023), aunque sí existe alguna diferencia terminológica y de sistemática.

1) En primer lugar, acuña en el articulado el término de origen anglosajón «remedios» para referirse a las consecuencias del incumplimiento del contrato. Dicho término ya venía siendo utilizado por la doctrina y aparece en la Exposición de Motivos de la Propuesta de 2009 en diferentes ocasiones, aunque no lo hace en su articulado. Afirma MORALES MORENO que el término es más adecuado y más flexible que el de «acción», ya que no califica la naturaleza de la medida, que en ocasiones puede ejercerse extrajudicialmente, a pesar de la oposición injustificada del

---

<sup>22</sup> Recordemos que los Principios UNIDROIT y los PECL son textos limitados a las obligaciones contractuales.

<sup>23</sup> En este sentido, DEL OLMO, «Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana» en MORALES MORENO (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, p. 856 ss., afirma que «Es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que los sistemas anglosajones de common law (a los que también se dirigen los textos de la CISG o de los PECL) no cuentan con una teoría general de las obligaciones, que sí existe en los CC europeos continentales, por lo que mal se podía basar en la idea de obligación (unilateral) una visión del incumplimiento que fuera capaz de servir como mínimo común denominador del Derecho Privado, tanto de los sistemas de common law como de los sistemas de Derecho Civil codificado».

<sup>24</sup> COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Madrid, 2009, op. cit., Exposición de Motivos, p. 20.

<sup>25</sup> Ningunos de los textos de derecho europeo prevé un artículo análogo que enumere, con carácter general, los remedios por incumplimiento contractual, aunque todos ellos recogen los mismos mecanismos, así como la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con los restantes remedios: art. 7.4.1 UNIDROIT; arts. 8:102 y 9:501 PECL y art. III.3:102 DCFR. Asimismo, arts. 45.1 y 61.1 CISG.



deudor, mediante declaración de voluntad del acreedor (resolución, reducción del precio o suspensión del cumplimiento de la propia obligación)<sup>26</sup>.

2) En segundo lugar, la PMCC 2023 reconoce al contratante insatisfecho, según las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento, la posibilidad de: 1º. Exigir el cumplimiento de la obligación, 2º. Reducir el precio, 3º. Suspender el cumplimiento de su obligación, 4º. Resolver el contrato 5º. Exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido (art. 1173). El mismo precepto introductorio añade que la indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios y que los remedios que no sean incompatibles podrán ser acumulados.

La referencia a la posibilidad de acumular los remedios compatibles<sup>27</sup> no resulta desacertada, al haberse enumerado la suspensión del cumplimiento de la obligación junto a los demás remedios. Nada impide, por ejemplo, suspender el cumplimiento de la propia prestación y a la vez exigir el cumplimiento a la otra parte<sup>28</sup>. Por lo que respecta a la ordenación de los remedios, la redacción del art. 1173 PMCC 2023 los enumera mediante el uso de número ordinales (1º, 2º, 3, 4º, 5º), pero no usa ya la conjunción alternativa «o». Esto podría llevar a pensar que, concurriendo los requisitos legales necesarios para el ejercicio de más de un remedio, el acreedor deberá seguir el orden anunciado en el precepto y no elegir el que más satisfaga su interés, pero nada en la Exposición de Motivos hace pensar que se haya introducido un cambio tan importante entre ambas Propuestas<sup>29</sup>. Tal vez sería conveniente expresar con mayor claridad la horizontalidad de los remedios, añadiendo la conjunción «o» antes de la referencia a la indemnización de daños. Pero, en cualquier caso, ya no se da la falta de coherencia interna que algunos achacaron al sistema horizontal del art. 1190 PMCC 2009, frente al sistema jerarquizado del art. 1485 PMCC 2009<sup>30</sup>, puesto que la PMCC 2023 no contiene una regulación específica de las consecuencias ante el incumplimiento del contrato de compraventa. Otra cosa es la falta de coordinación entre la regulación de los remedios previstos ante el incumplimiento en la PMCC 2023 y la prevista en materia de compraventa por nuestro Código Civil (art. 1484CC y ss.), o en materia de consumo por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (arts. 118 y 119).

<sup>26</sup> MORALES MORENO, Claves de la modernización del Derecho de Contratos, Ibañez, 2006, p. 98.

La reforma francesa (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) optó no obstante por el término «sanción» (arts. 1217 a 1231-7CC francés) frente al de «remedio», utilizado por el Anteproyecto, que parte de la doctrina consideró un anglicismo innecesario: LAITHIER, «Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles», *La Semaine Juridique*. Édition Générale. Ejemplar dedicado a: Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications Supplément au n° 21, 25 mayo 2015, p. 50.

<sup>27</sup> También se pronuncian en este sentido los PECL (art. 8:102) y el DCFR (art. III. 3:102).

<sup>28</sup> Así lo señala FENOY PICÓN, («La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, t. LXIV, fasc.IV, 2011, p. 1493).

<sup>29</sup> En contra de la opinión mayoritaria, entiende TUR FAÚNDEZ, «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *Revista de Derecho privado*, n° 4, 2024, pp. 16 y 17, que el art. 1176 PMCC 2023 (entendemos que el mismo razonamiento podría aplicarse respecto del art. 1194 PMCC 2009) establece un sistema jerarquizado de remedios ante el incumplimiento: «el acreedor debe intentar la subsanación y en caso de que no se consiga el cumplimiento podrá ejercitar los demás remedios previstos en el art. 1173 PMR: la reducción del precio, la suspensión del cumplimiento de la obligación y la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en la regulación de dichos remedios en la PMR», aunque posteriormente matiza dicha afirmación.

<sup>30</sup> VERDERA SERVER, «Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general», en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, 2014, p. 79.

#### 4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento

Aunque ambas Propuestas (arts. 1190 y 1205 PMCC 2009 y art. 1173.2 PMCC 2023) reconocen la compatibilidad entre la indemnización y los demás remedios, ninguna de ellas supedita el ejercicio del remedio resarcitorio a su concurrencia con alguno de los demás. Si el incumplimiento es imputable al deudor a efectos resarcitorios (art. 1209.1 PMCC 2009), han entendido los comentaristas a la PMCC 2009 que cabe su ejercicio de forma autónoma y excluyente<sup>31</sup>. Es indudable que la indemnización de daños puede ejercitarse como remedio único cuando no tiene cabida la pretensión de cumplimiento por excesiva onerosidad o por resultar imposible el cumplimiento de la prestación (arts. 1192 y 1196 PMCC 2009 y art. 1174 PMCC 2023), por un retraso en el pago de una prestación pecuniaria (art. 1206 PMCC 2009 y art. 1189.1 PMCC 2023) o cuando se dan las condiciones para recurrir a la operación de reemplazo, regulada por el art. 1194 PMCC 2023 en la sección dedicada a la indemnización de daños. Pero ninguna de las dos Propuestas indica claramente si, dándose simultáneamente los presupuestos para recurrir a la pretensión de cumplimiento en forma específica y a la indemnización de daños, y no a la resolución del contrato, podrá el acreedor optar exclusivamente por el remedio resarcitorio por haber perdido interés en el cumplimiento in natura<sup>32</sup>. ¿Cabe reclamar, ante el incumplimiento de una obligación de entrega de cosa específica o de una obligación de hacer, el valor económico de la prestación debida (*aestimatio rei*)? En otros términos, no siendo posible recurrir a un negocio de reemplazo, ¿Está limitada la pretensión indemnizatoria por el derecho del deudor a cumplir el contrato en los términos pactados? No olvidemos que, a diferencia de los Principios UNIDROIT (art.7.1.4) y de los textos de derecho europeo (art. 8:104 PECL, arts. III.3:201 a III.3:205 DCFR), las Propuestas españolas no reconocen al deudor, en general, el derecho a subsanar su propio incumplimiento. Sólo podrá hacerlo cuando el acreedor solicita la resolución del contrato ante un retraso o una prestación defectuosa no esencial o un riesgo patente de incumplimiento esencial (art. 1200 PMCC 2009 y art. 1181 PMCC 2023), o cuando ese mismo acreedor desea acudir a una operación de reemplazo (art. 194 PMCC 2023).

<sup>31</sup> FENOY PICÓN, ADC, t. LXIV, fasc.IV, 2011, pp. 1492-1493, con cita de VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español», *Revista de Derecho Privado*, núm 16, 2011, pp. 274-275, afirma que «aunque en muchos casos el ejercicio aislado de la indemnización de daños presupondrá el ejercicio implícito de alguno de los demás remedios, también es posible ejercitar el remedio indemnizatorio de modo aislado y excluyente de los otros remedios». VERDERA SERVER, en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 82, con cita de NIEVES FENOY, entiende que, además, «ésta es la solución que, con toda claridad, se desprende del art. 1101 CC». VIDAL OLIVARES, *Revista chilena de Derecho Privado*, núm 16, 2011, p. 275. Disponible en Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722011000100007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007), afirma que «Hay poca claridad sobre el punto y hace falta corregirlo, precisando el contenido de la indemnización de daños, en orden a si ella comprende plenamente el interés en la obtención de la prestación, incluso, su valor, o no lo considera, para luego determinar la relación existente entre este remedio y los restantes». No obstante, añade el autor que, aunque la indemnización actúe, por regla general, como complemento de los otros remedios, habría casos en los que procedería su ejercicio exclusivo sin mediar la resolución del contrato: «De este modo, tratándose de la falta de cumplimiento si la prestación fuere imposible de ejecutar, el acreedor podría acceder a la indemnización o a la cesión de acciones contra terceros, sin resolver el contrato, salvo que así lo desee. En cambio, en materia de cumplimientos no conformes con el contrato, la regla parece ser diversa: el acreedor sí puede optar entre cualquiera de los remedios y la indemnización plena: menor valor más otros perjuicios indemnizables, según el artículo 1208 de la Propuesta».

<sup>32</sup> El comentario 2 al art. 7.4.1. Principios UNIDROIT, indica que la indemnización puede ejercitarse como remedio único o en unión de otros y que opera como remedio único, por ejemplo, en la reparación por mora en el cumplimiento, en la prestación defectuosa aceptada por la parte perjudicada, o cuando hay cumplimiento imposible del que sea responsable la parte incumplidora. Pero no se pronuncia acerca de la posibilidad de optar por dicho remedio cuando el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento, aunque éste siga siendo posible. También omiten esta cuestión los PECL y el DCFR.

Las Propuestas no hacen referencia expresa al denominado «cumplimiento por equivalente», al que la doctrina española atribuye mayoritariamente naturaleza resarcitoria<sup>33</sup>. Sin duda, el art. 1194 PMCC 2023 habría sido el lugar adecuado para referirse al mismo (Indemnización en lugar del incumplimiento), pero éste se limita a regular los requisitos para recurrir a la operación de reemplazo. Con todo, algunos autores entienden que los criterios que subyacen en las Propuestas permiten considerar que la *aestimatio rei* se encauza en la indemnización de daños<sup>34</sup>. Es cierto que, con la regulación de las excepciones a la obligación de indemnizar previstas en las dos Propuestas, esta cuestión pierde gran parte de su relevancia práctica ya que no será suficiente con que el deudor acredite la no culpa para quedar exento de responsabilidad, sino que será preciso probar la concurrencia de las circunstancias de exoneración previstas en los arts. 1209 PMCC 2009 y 1191 PMCC 2023. Pero seguirán corriendo distinta suerte, según se considere la pretensión pecuniaria como acción de cumplimiento o como acción resarcitoria, la prueba y cuantificación del daño, que no tiene por qué coincidir con el valor de la cosa en el momento del incumplimiento.

Estemos ante una acción resarcitoria o no, y aunque las Propuestas no indiquen expresamente que la indemnización de daños tiene carácter subsidiario respecto del cumplimiento en forma específica (tampoco lo hacen el Código Civil ni la LEC<sup>35</sup> y sin embargo la doctrina mayoritaria entiende que, dándose los presupuestos para recurrir a la pretensión de cumplimiento en forma específica y a la indemnización de daños, el cumplimiento por equivalente es subsidiario del

<sup>33</sup> Consideran el cumplimiento por equivalente como una pretensión integrada en la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento: VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995, pp. 208-213; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, vol. 44, fasc.III, 1991, p. 1053 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ª ed. Civitas, p. 781; LACRUZ BERDEJO, y otros., *Elementos de Derecho Civil, t.II. Derecho de obligaciones*, vol. 1, 2ª. ed., Dykinson, 2000, p. 165; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, pp. 47-51 e «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en ATAZ LÓPEX/COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 3, 2021, p. 467; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, 3/2007, p. 15; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, 4ª ed., 2024, pp. 1305 y 1306; SÁNCHEZ CASTRO, «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC*, t. LXIII, fasc. IV, 2010, pp. 1725 a 1787. Atribuyen sin embargo al cumplimiento por equivalente, carácter distinto e independiente de la reclamación de daños y perjuicios: LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, 1999, p. 315; TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, t. XXIV, fasc. IV, 1971, pp. 1.155-1.156 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, p. 119.

<sup>34</sup> Así lo entienden FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, nota 70 y p. 1660, de acuerdo con lo previsto en los arts. 1196 y 1210 PMCC 2009 y VERDERA SERVER, en GONZÁLEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 69 y 70, sobre la base de los arts. 1192.2, 1194 y 1196 PMCC 2009.

<sup>35</sup> En este sentido: DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario del art. 1106 CC», en *Comentario del Código Civil*, t.II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 46: «Con todo, es menester observar que nuestro CC no formula claramente la regla de que el acreedor tenga que acudir al cumplimiento por equivalente sólo en el caso de que el cumplimiento in natura no sea posible. Como veremos, la jurisprudencia se inclina por entender que, salvo el caso del art. 1124 (v. su com.), la indemnización de daños presupone que no sea posible obtener la ejecución exacta de la prestación in natura (criterio que también adopta la doctrina; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, Bosch, 1989, p. 209 y LACRUZ BERDEJO y otros., *Elementos de Derecho Civil, t. II. Derecho de obligaciones*, vol.1, Dykinson, 2000, p. 228, ponen de relieve que el art. 1096 I CC faculta al acreedor de cosa determinada para reclamar su entrega, pero no parece obligarle a ello; criterio que los mismos autores señalan no es el del art. 1098 -de marcado tono imperativo- y siempre con la advertencia, que los mismos autores destacan con todo acierto, de que los cit. arts. LEC no sirven para dilucidar la cuestión, pues se ocupan de la ejecución de sentencias una vez deducidas las pretensiones en el pleito, siendo así que lo que interesa es saber si puede el acreedor formular la pretensión de cumplimiento por equivalente en lugar de la de cumplimiento específico o in natura de la obligación». GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 16: «Dígame lo que se diga, y pese a algunas manifestaciones retóricas del Tribunal Supremo a estos efectos, la verdad es que el cumplimiento forzoso no aparece con claridad en el Derecho español del contrato como el remedio general y preferente frente al incumplimiento contractual. Es general, sí, pero no necesariamente preferente frente a, pongamos, la indemnización de daños y perjuicios en todas las manifestaciones y modalidades del incumplimiento contractual».

específico<sup>36</sup>), la coherencia del sistema así parece exigirlo si tenemos en cuenta que la resolución del contrato, para alcanzar el mismo resultado (el valor económico de la prestación) ante un retraso o falta de conformidad no esencial, exige haber otorgado previamente al deudor un plazo razonable para subsanar el incumplimiento (art. 1200 PMCC 2009 y art. 1181.1 PMCC 2023)<sup>37</sup>. Sólo el incumplimiento esencial permite al acreedor que ha perdido interés en el cumplimiento in natura pedir directamente la resolución, junto a la indemnización de daños. Luego todo parece indicar que, de querer mantener el contrato pese al incumplimiento (por ejemplo, por estar ante un contrato de ejecución sucesiva y no extenderse el incumplimiento a toda la relación contractual), el acreedor no podrá acudir directamente al remedio resarcitorio. Lo contrario podría además ocasionar un coste excesivo al deudor, que se preparó para el cumplimiento y no para una condena pecuniaria.

Nuestra jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en materia de responsabilidad contractual por vicios ruinógenos del edificio y, por extensión, en materia de compraventa inmobiliaria. Poniendo en relación los arts. 1098 y 1591.1 CC (hoy art. 17 LOE) -y con cierta falta de rigor al confundir pretensión de cumplimiento específico y acción de reparación (que puede ser in natura)-, el alto tribunal ha sostenido que, ante tales vicios, procede la ejecución de las obras de subsanación in natura, ya sea como consecuencia de la pretensión de cumplimiento del contrato de obra o compraventa o como garantía legal fundada en el art. 1591.1 CC. Pero, con carácter excepcional, ha reconocido al acreedor la posibilidad de optar por la indemnización de daños -el coste de la ejecución o reparación sustitutorias de la prestación defectuosa- si previamente éste ha solicitado de forma fehaciente el cumplimiento en forma específica y el deudor ha omitido la sustitución o reparación (SSTS 601/2005, Civil, de 13 de julio

---

<sup>36</sup>DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, t.II, 9ªed., Tecnos, 2004, p. 209; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed. Civitas, p. 775; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, Bosch, 1989, pp. 206 y 207; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II. *Derecho de obligaciones*, vol.1, 2ª ed., Dykinson, p. 164; PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, t.XLIV, fasc.III, 1991, pp. 1049-1050; LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del acreedor*, Trivium, 1999, p. 53; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983, p. 469; LLAMAS POMBO, en MORALES MORENO (dir.), *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 610-611, o DEL OLMO, en MORALES MORENO (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, p. 861. Aunque, tal y como señala SEVERÍN FUSTER, «El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de Derecho privado*, nº 30, enero-junio, 2016, p. 184, «parece posible afirmar que ha perdido fuerza la idea de que el remedio del cumplimiento específico sea el remedio preferente, frente a la satisfacción por vía sustitutiva» y apunta como razones que «en la doctrina se ha propuesto que, aun cuando la prestación sea todavía posible, el acreedor puede optar por la indemnización de daños, si ha perdido el interés en la prestación» (con cita de F. Pantaleón Prieto), «porque se abre la puerta a la posibilidad de que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo, y que pueda luego repercutir la diferencia», porque «el acreedor puede, en caso de un incumplimiento de cierta entidad, optar entre el cumplimiento y la resolución del contrato (art. 1124.II c.c.) Y hoy –entiende la doctrina– se abre paso la idea de que la indemnización de perjuicios que puede acompañar a esa resolución no se limita al interés negativo, sino que puede considerar el interés positivo», «Y, en definitiva, porque hoy parece rechazarse la idea de que, en el régimen general del código civil, los remedios frente al incumplimiento estén organizados de forma jerárquica» (con cita de Fenoy Picón y Bech Serrat).

<sup>37</sup> En este sentido, respecto del derecho actualmente vigente: CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, 4ªed., 2024, Aranzadi, pp. 1307 y 1308.

<sup>38</sup>, 707/2005, Civil, de 27 de septiembre<sup>39</sup>, 704/2005, de 10 de octubre<sup>40</sup> o 601/2014, de 30 de octubre<sup>41</sup>, citadas en fecha más reciente por la SAP de Madrid, Sección 14<sup>a</sup>, de 21 de febrero 2022<sup>42</sup>) o si es manifiesta su intención de no cumplir (STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo)<sup>43</sup>. Los

<sup>38</sup> STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759): «Ciertamente el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho al perjudicado a pedir al contratista la reparación. Se trata de una obligación de hacer y, en consecuencia, se le debe aplicar la regla contenida en el artículo 1098 CC ( LEG 1889, 27) , de manera que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Por ello una ya larga jurisprudencia considera que el derecho del perjudicado a obtener la reparación in natura es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994 [ RJ 1994, 9394] y 13 mayo 1996 [ RJ 1996, 3876] ). Sin embargo, esto no ha impedido que la misma jurisprudencia haya considerado que en el caso de que el perjudicado haya pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados, haya que considerar que se ha efectuado la reparación incorrectamente o bien, que habiéndose requerido el cumplimiento de la obligación, el obligado no lo ha realizado, por lo que el principio indemnizatorio está también presente en el artículo 1591 CC (Sentencia de 7 de mayo de 2002 [ RJ 2002, 3678] ), ya que responde a la protección del interés más fundado en derecho. De esta manera, el derecho a pedir el cumplimiento in natura no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere: a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo 1101 CC)» (sentencias de 3 de julio de 1989 [ RJ 1989, 5281] y 12 de diciembre de 1990 [ RJ 1990, 9999] ), y c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales. Estas condiciones se han cumplido en la presente reclamación, a lo que se añade que algunos de los propietarios afectados han realizado a su costa la reparación de los deterioros que afectaban a sus viviendas, debido al tiempo transcurrido sin respuesta por parte de la constructora, porque nadie puede ser obligado a vivir constantemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción que produce una defectuosa ejecución del contrato de obra, razón que amplía las que hasta ahora se vienen considerando».

<sup>39</sup> STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579): En este caso de vicios constructivos, e invocando la misma doctrina que la sentencia de 13 de julio de 2005, el tribunal consideró que se daban las condiciones necesarias para la indemnización, «no sólo porque el primer requerimiento es ya de hace más de 10 años (15 de diciembre de 1995), lo que demuestra ya la dificultad de que las partes acepten esa ejecución “in natura”, y por la existencia también, en el presente caso (que podría prolongarse, en ejecución, con el incidente de los arts. 928 y sigs. LECiv [ LEG 1881, 1] ), de un interés actual y exigible de liquidación de las respectivas deudas por ambas partes, siendo el método más útil el de la “compensación” de deudas entre ellas (arts. 1195 y 1196 CC [ LEG 1889, 27]), dado que, desde aquél requerimiento está económicamente fijada la obligación de hacer sustituida, y consolidada a través de la prueba en el pleito, mientras que la deuda de los compradores quedará agravada, en el tiempo, con el pago de los intereses de demora pactados».

<sup>40</sup> STS 704/2005, Civil, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6003): El tribunal de apelación había condenado a los demandados a pagar la suma de dinero equivalente al coste de las obras de eliminación de los defectos, que había llevado a cabo la demandante durante la tramitación del proceso. El Tribunal Supremo declara que «(...) la regla general a que se refiere la sentencia de 17 de marzo de 1995 y la norma del artículo 924 de la Ley procesal citada (hoy, los artículos 705 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero [ RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] , que, como la derogada, regulan la ejecución de sentencias que contienen una condena a realizar prestaciones de hacer) no impiden que, en determinadas circunstancias, el acreedor, sin esperar a dicha condena (y su ineficacia), pueda realizar por sí o por otro la reparación de lo mal ejecutado por el deudor y reclamar al mismo el coste de tal prestación. Ello sucede cuando resulte evidente que el obligado no va a cumplir, correctamente, la prestación de hacer que debe o cuando haya sido requerido a ejecutarla sin resultado positivo (sentencias de 7 de mayo de 2002 [ RJ 2002, 3678] y 13 de julio de 2005). La realidad de este requerimiento a la promotora, suficiente a estos efectos, y la oposición procesal de los demandados a asumir sus responsabilidades (sentencia de 10 de marzo de 2004 [ RJ 2004, 898] ), unidas al legítimo interés de la demandada en no vivir permanentemente con las incomodidades derivadas de los defectos en la construcción (en términos de la repetida sentencia de 13 de julio de 2005), justifican que, en el funcionamiento del contrato de ejecución de obra, la demandante, tras reparar por sí las deficiencias, reclame a los demandados el coste de la reparación».

<sup>41</sup> STS 601/2014, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4254): Frente a la pretensión de la recurrente en casación, que denunció infracción de los artículos 1098 y 1101C.C, así como de los arts. 17.1 y 19.6LOE, al no respetarse el carácter preferente de la reparación in natura y el carácter subsidiario del pago de una indemnización, el Tribunal declara que no concurre tal violación «dado que la parte demandante solicitó en la demanda la indemnización correspondiente derivada del incumplimiento contractual, lo que le permitía solicitar el correspondiente resarcimiento por equivalencia, como fórmula adecuada para conseguir la indemnidad, máxime cuando constan requerimientos previos e infructuosos para conseguir el cumplimiento y en este sentido las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 2010, 15 de febrero de 2011».

<sup>42</sup> SAP de Madrid, Sección 14, de 21 de febrero de 2022 (ECLI: ES:APM:2022:2614): el tribunal reconoce el derecho a la condena dineraria ya que «la condena al importe de las obras es la acción que con carácter principal se solicita en la demanda (...) y, a su vez, debemos de tener en cuenta que las demandadas no han dado cumplimiento a sus obligaciones, pese a haberse efectuado reclamaciones por la demandante, baste señalar el acto de conciliación sin avenencia, y la condena a la cantidad presupuestada para la reparación de los defectos constructivos se ha venido permitiendo por la jurisprudencia, por todas STS 30 de octubre de 2014».

<sup>43</sup> STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3201): «El hecho de que el actor haya invocado el artículo 1591 del Código Civil no puede entenderse que conceda a la recurrente [la empresa contratista, a la que se condenó al pago de una suma de dinero] el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos importantes trabajos de reparación los cuales

tribunales han acordado igualmente relevancia, a estos efectos, al carácter urgente de las obras o la reparación SSTs 949/2003, Civil, de 17 de octubre<sup>44</sup> y 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre<sup>45</sup>, y SAP de Barcelona 14 de julio 1994<sup>46</sup> y a si ha quedado rota la relación de confianza entre las partes (STS 720/2007, Civil, de 20 de junio<sup>47</sup> y SAP Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014<sup>48</sup>). Entre los modos de reparar los vicios ruínógenos, el Tribunal Supremo reconoce, junto a las obras de subsanación y reparación in natura, el derecho al reintegro de las cantidades invertidas en obras restauradoras de los vicios constructivos y el derecho a la fijación de una cantidad determinada para que el acreedor pueda afrontar y atender por sí mismo el costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general<sup>49</sup>.

Las Propuestas darían cabida a esta postura jurisprudencial, aunque extendiéndola al incumplimiento de cualquier obligación. El acreedor no interesado en el cumplimiento puede, al amparo de su derecho a optar por el remedio que mejor satisface su interés, solicitar la indemnización de daños plena si el deudor se muestra recalcitrante al cumplimiento tras habérsele conferido un plazo razonable para ejecutar la prestación. Pero no podrá recurrir directamente al remedio resarcitorio, siendo aún posible el cumplimiento específico, sin haber requerido previamente al deudor a que cumpla en los términos pactados. No lo permite la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de vicios ruínógenos y, aunque nada dicen

---

aparentemente sobrepasan la mitad del precio de venta de la vivienda dado que dicha entidad se había abstenido de realizarlos eficazmente en los tres años transcurridos hasta la interposición de la demanda pese a los compromisos manifestados».

<sup>44</sup> STS 949/2003, Civil, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6390): «El hecho de que por razones de urgencia, y ante la conducta pasiva de dicha entidad, haya tenido que realizarse la reparación durante el proceso, justifica plenamente la transformación, en ejecución, del cumplimiento específico -resarcimiento “in natura”- por el de naturaleza genérica -coste de la reparación».

<sup>45</sup> STS 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7775): «en el presente caso, el dato fundamental a tomar en cuenta a la hora de confirmar la procedencia de la reclamación indemnizatoria formulada, verdadera “quaestio facti” expresada en la resolución recurrida y que no ha sido desvirtuada en casación, es el carácter de necesidad y urgencia de las obras de reparación acometidas por la actora [...] [La Alcaldía] requirió a la actora para que, en el breve plazo de quince días, acometiese una serie de reparaciones urgentes previa presentación al Ayuntamiento, para su aprobación, de un proyecto redactado por arquitecto superior. Tal urgencia y necesidad estaría en todo caso justificada, vista la entidad de las deficiencias ruínógenas aparecidas, por el hecho de aquejar las mismas a un centro escolar, con consiguiente riesgo para la integridad de los menores que acudían al mismo».

<sup>46</sup> SAP Barcelona de 14 de julio 1994 (AC\1994\1467): «La jurisprudencia ha tenido ocasión de afrontar el tema de los reembolsos de reparaciones ya efectuadas y puede concluirse que tal reembolso de obras ya realizadas se acepta comúnmente como procedente en aquellas ocasiones en las que: 1) el defecto es indubitado, 2) su reparación requiere de una razonable urgencia, 3) se recurrió previamente al demandado para obtener la reparación satisfactoria, y 4) no hay exceso o abuso en lo efectuado».

<sup>47</sup> STS 720/2007, Civil, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4286): «se suscita en los presentes autos la posible prevalencia de la reparación “in natura” respecto de la reclamación directa de la indemnización sustitutoria, en aquellos casos en que aquella forma resarcitoria se presenta y se propugna como posible. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, no puede otorgarse, como regla general, rango preferente a aquélla frente a ésta, en supuestos, como el presente, so pena de conceder a los demandados, como decía la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2002, “el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos trabajos de reparación que previamente se han abstenido de realizar eficazmente”. (...) ya desde la demanda resultó patente la ruptura entre los litigantes de la relación de confianza precisa para acometer la demandada las obras de reparación con ciertas garantías de solvencia, por lo que la ejecución “in natura” podría dar lugar a nuevas dilaciones y conflictos, máxime tomando en consideración que alguna de las obligaciones de hacer que quiere asumir la demandada (las relativas a la mudanza de enseres y realojo de las familias afectadas) exceden ciertamente de su ámbito de atribuciones profesionales, por lo que resulta comprensible el recelo de los aquí recurridos a que sea ella quien las acometa».

<sup>48</sup> La SAP de Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17528) invoca la jurisprudencia del TS anteriormente citada para resolver la acción de daños por incumplimiento contractual de arrendamiento urbano. Considera acreditado que la arrendadora había comunicado a la arrendataria la necesidad de reparar los defectos existente en nave objeto de arrendamiento: «(...) Ha existido, por tanto, requerimiento, conversaciones entre las partes y ruptura de éstas, sin asumir la demandada las labores de reparación interesadas, por lo que concurren los presupuestos jurisprudenciales para el incumplimiento por equivalente, faltando, tras el fracaso de las negociaciones, la necesaria confianza en la contraparte para interesar de ella las labores de reparación».

<sup>49</sup> STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759).

expresamente las Propuestas, por las razones anteriormente indicadas nos inclinamos por entender que no cabe tal posibilidad.

## 5. La pretensión de cumplimiento específico y la operación de reemplazo

Una de las principales novedades de la PMCC 2023, en lo que a los remedios por incumplimiento se refiere, ha sido la regulación de la conocida como operación de reemplazo o negocio de cobertura, silenciada por la PMCC 2009. La PMCC 2023 hace referencia a esta figura en sede de indemnización de daños, bajo el título de «Indemnización en lugar del cumplimiento», donde reconoce al acreedor la posibilidad de obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor, siempre que se den una serie de condiciones: la conservación de la pretensión del cumplimiento, la sustitución de la actuación del deudor por la del tercero en condiciones razonables y la fijación de un plazo razonable al deudor para cumplir, advirtiéndole de las consecuencias de no atender a este requerimiento. Este último requisito no es necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir<sup>50</sup>.

No es nuestro propósito detenernos en la operación de reemplazo, no regulada en nuestro Código Civil, aunque habitual en la práctica mercantil y sobre la que han tenido la ocasión de pronunciarse nuestros tribunales (SSTS 667/2000, Civil, de 4 de julio<sup>51</sup>, 368/2005, Civil, de 23 de mayo<sup>52</sup> y 707/2005, Civil, de 27 de septiembre<sup>53</sup> y SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003<sup>54</sup>). Pero en lo que respecta a la relación de esta figura, en la PMCC 2023, con el cumplimiento en forma específica, queremos indicar lo siguiente:

El mismo título del art. 1194 PMCC 2023 y su ubicación en sede de indemnización de daños parecen zanjar la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la operación de reemplazo. Tal y como entiende una parte importante de nuestra doctrina, no estaríamos ante un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento, sino ante una vía alternativa de satisfacción del interés del acreedor, in natura y a través de tercero, que tiene cabida en el plano meramente resarcitorio<sup>55</sup>. Por lo tanto, a la operación de reemplazo se le aplicarían los requisitos de la

<sup>50</sup> La regla de la operación de reemplazo también aparece recogida en la CSGI (art. 75), los Principios UNIDROIT (art. 7.4.5), los PECL (art. 9:506) y el DCFR (art. III.3:706), que conceden, como daño mínimo, la diferencia desfavorable entre el contrato incumplido y el de reemplazo. En todos estos textos, la operación de reemplazo ha de haberse celebrado de manera razonable y en un periodo de tiempo razonable, tras la declaración de la resolución del contrato.

<sup>51</sup> STS 667/2000, Civil, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5480): El Tribunal consideró acreditado que la compradora incumplió parcialmente el contrato de compraventa al dejar de entregar la cantidad de quinientos siete mil setecientos cincuenta kilos de aceite de girasol crudo, «con lo que ha producido un perjuicio a la parte compradora que tuvo que adquirirlo en el mercado a un precio superior, por lo que de conformidad con lo establecido en los arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil procede declarar resuelto el contrato y condenar a la parte vendedora a indemnizar el daño causado. La cuantificación de éste habrá de hacerse en ejecución de sentencia, tomando como bases la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio medio del mercado durante los meses de septiembre a diciembre de 1.993, y el tipo de producto cuyas características se especifican en el documento contractual».

<sup>52</sup> STS 368/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3273): el Tribunal admitió en favor del vendedor-acreedor los daños causados a la compradora por las ventas de reemplazo celebradas con terceros, a menor precio, pero no los costes de transporte del contrato incumplido, dado que el comprador avisó mucho antes al vendedor de no embarcarse las mercancías: «no se dio la relación causal exigida por la jurisprudencia para la responsabilidad del deudor por tales gastos (SSTS 2-4-86 y 10-7-03) ni el requisito de que éstos fueran consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento».

<sup>53</sup> STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579).

<sup>54</sup> SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003 (ECLI:ES:APV:2003:3707). En relación a un contrato de suministro de mosto sometido a la CSGI, el tribunal declara que para que el vendedor pueda obtener una indemnización por el lucro cesante dejado de obtener con la venta de reemplazo debe probar el destino dado a la mercancía.

<sup>55</sup> En este sentido: MORALES MORENO, en ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, t. III, Thomson Reuter, 2021, p. 456: «el derecho al cumplimiento in natura del acreedor se transforma en el de una indemnización de daños, por el coste que le ha supuesto haber obtenido de un tercero la prestación»; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed. Civitas, 2008, pp. 789-790; GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 15; VARGAS

indemnización de daños y perjuicios (arts. 1187 y ss. PMCC 2023), que difieren de los de la pretensión de cumplimiento, aunque exista cierta tendencia a la objetivación (art. 1191 PMCC).

Esta forma de canalizar la operación de reemplazo aleja su naturaleza jurídica del «cumplimiento a expensas del deudor (art. 1096 CC) o la «ejecución a costa de tercero» (arts. 1098 y 1099CC), a la que aluden algunos de los preceptos del Código Civil llamados a desaparecer y de la «ejecución a costa del ejecutado», a la que se refiere la LEC cuando la prestación tiene por objeto la entrega de cosas genéricas o indeterminadas (art. 702 LEC) o una obligación de hacer de carácter no personalísimo (art. 706 LEC). Aunque para algunos autores, «allí donde hay remedio basado en la conducta del deudor, hay cumplimiento en forma específica» y «allí donde el remedio se basa en el dinero, nos hallamos en el campo indemnizatorio»<sup>56</sup>, son muchos quienes entienden que la condena al cumplimiento por tercero, a costa del deudor-ejecutado, es auténtico cumplimiento y no indemnización<sup>57</sup>.

Son indiscutibles las diferencias entre ambos supuestos. La sustitución del deudor para satisfacer el interés del acreedor en los términos del título ejecutivo es una medida impuesta en un procedimiento de ejecución, donde el tercero sustituye al deudor-ejecutado en la conducta descrita en la obligación incumplida, obteniendo de él los fondos necesarios por vía coactiva. Antes de adquirir cosas genéricas o indeterminadas, a costa del deudor-ejecutado, el acreedor-ejecutante debe contar con autorización judicial, pudiendo ordenarse el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición (art. 702.1 LEC). Y antes de encargar a tercero la realización de la prestación de hacer, debe valorarse su coste por un perito tasador designado por el tribunal. Si el ejecutado no deposita o afianza el pago de la cantidad aprobada por el tribunal, se procede al embargo de sus bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma necesaria (art.

---

BRAND, *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (Influencia del modelo norteamericano)*, BOE, 2023. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289), pp. 275-276. En sentido contrario, entre otros, ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, pp. 267-362. Disponible en [https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento\\_y\\_reemplazo\\_bases\\_para\\_una\\_teor%C3%ADa\\_general\\_de\\_la\\_operaci%C3%B3n\\_de\\_reemplazo\\_en\\_derecho\\_espa%C3%B1ol](https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol), quien considera la operación de reemplazo una forma particular de ejecución del contrato incumplido.

<sup>56</sup> GÓMEZ POMAR, *Indret*, 3/2007, p. 15.

<sup>57</sup> VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995, pp. 288-289; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, p. 90; Claves de la modernización del derecho de contratos, Ibañez, 2006, p. 1079; GONZALEZ CARRASCO, «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ-CANO (dir.) *Tratado de Contratos*, 4ªed., Tirant lo Blanch, 2024, pp. 1498-1500; CARRASCO PERERA, *Tratado de Contratos*, 4ªed., Aranzadi, 2024, p. 1316; TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Ensayos Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984, p. 110; PARDO IRANZO, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant lo banch, 2001, pp. 190-191; BERMUDEZ REQUENA, «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», en *Diario La Ley*, n. 6967 (Sección doctrina), 13 jun. 2008, año 29, p. 4, con cita de la STS 055/2006, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6595), en la que, interpuesto recurso de casación contra el auto dictado en ejecución de sentencia que acordó que el actor tenía derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios por privación de la posesión de los locales litigiosos, el Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al mismo y ordena reemplazar la expresión «indemnización por daños y perjuicios», por componente económico por sustitución, a efectos de hacer ejecutiva la sentencia firme de que se trata: «A lo que ha de atenderse, por tanto, es a la ejecución de la sentencia y proceder a su cumplimiento por equivalencia mediante sustitución, como queda dicho, traducido en un componente económico que no es precisamente ni representa efectiva indemnización de daños y perjuicios, ya que no se decretó culpa alguna de las demandadas que permitiera la aplicación del artículo 1.101 y concordantes del Código Civil. Entenderlo así supondría rebasar el ámbito procesal de la concreta ejecución de que se trata, por lo que en este sentido no es acertada la decisión de la Sala sentenciadora que incorpora a la parte dispositiva del auto en recurso el derecho del actor a percibir una indemnización de daños y perjuicios por privación de los locales litigiosos, que ha de ser reemplazada como correspondiente a indemnización por sustitución a fin de que la ejecución de la sentencia firme tenga efectividad y resulte realmente cumplida, trocándose el deber de entrega en deber de indemnización (sentencias de 12-6-1991, 28-11-1994, 4-12-1995, 2-7-1998 y 17-2-2005)».



706.2.1.LEC). Aunque hay quien defiende la posibilidad de que el ejecutante financie la sustitución y cobre la deuda que conste en las facturas abonadas al tercero, en vía ejecutiva<sup>58</sup>.

En el supuesto previsto por el art. 1194 PMCC 2023, estamos en cambio ante una medida extrajudicial, donde el acreedor tiene que anticipar en todo caso los fondos para sustituir al deudor en una conducta que trae causa del contrato anterior, pero que está descrita en el segundo contrato. Ante la negativa del deudor a que el acreedor pueda ser indemnizado del coste que le supone la operación de reemplazo, éste deberá probar que la misma se efectuó en condiciones razonables. La PMCC no especifica qué ha de entenderse por tal, pero, si nos atenemos a los PECL y el DCFR<sup>59</sup>, la sustitución no será razonable cuando exista una gran diferencia de valor o clase con la prestación prevista en el contrato original.

Pero también existen importantes similitudes<sup>60</sup>. En ambos supuestos estamos ante medidas de satisfacción in natura, a expensas del deudor-ejecutado, que permiten al acreedor-ejecutante elegir directamente al tercero que ha de sustituir al deudor-ejecutado. Y ambas obligan a conceder al deudor-ejecutado, antes de proceder a la sustitución, un plazo «razonable» (art. 1194.2.3 PMCC 2023), «adecuado» (arts. 699 LEC) o «acorde a la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren» (art. 705 LEC), para subsanar su incumplimiento, advirtiéndole de las consecuencias de no cumplir. La regulación propuesta por la PMCC 2023 prevé que este requerimiento no es necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir. Pero también se ha defendido la posibilidad de prescindir del plazo establecido en el auto que despacha la ejecución, cuando consta la intención del ejecutado de no realizar la conducta descrita en el título<sup>61</sup>. Luego ambos textos otorgan al obligado una segunda oportunidad para que cumpla con su prestación y en ambos casos la sustitución por parte del tercero cumple con el sentido original de la prestación. Auguramos interesantes debates doctrinales acerca de la naturaleza de cada una de estas medidas.

A diferencia de la regulación de la operación de reemplazo prevista en el art. 417-4 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 y en los respectivos preceptos de los textos de derecho europeo (arts. 7.4.5 Principios UNIDROIT, art. 9:506 PECL y art. III-3:706 DCFR), la contemplada por la PMCC 2023 no exige la previa resolución del contrato, sino que, por el contrario, requiere que se conserve la pretensión de cumplimiento. De este modo, cabe recurrir a la operación de reemplazo cuando estemos ante contratos de ejecución sucesiva y el incumplimiento no se extiende a toda la relación contractual (por ejemplo, ante el cumplimiento parcial de un contrato de suministro) o cuando estamos ante un cumplimiento tardío y siendo

---

<sup>58</sup> PARDO IRANZO, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer, Tirant lo Blanch, 2001, p. 187 y ORTELLS RAMOS, La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 2005, p. 263 ss. y «Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000», Revista xuridica galega, n.º 59, 2008, pp. 35-36 y 41-47. Disponible en <http://www.rexurga.es/pdf/COL258.pdf>, quien entiende que, en estos casos, deberá procederse del mismo modo que cuando se han obtenido previamente por vía ejecutiva, sobre el patrimonio del ejecutado, los fondos necesarios y el coste definitivo del hacer excede de la cantidad previamente fijada con arreglo al art. 706.2 LEC. En general, sobre la ejecución forzosa mediante dar o hacer a costa del ejecutado: XIOL RÍOS (coord.), Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia, Sepi, 2008, pp. 4107-4129 y 4128-4132; PARDO IRANZO, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer, Tirant lo Blanch, 2001, p. 179 ss.; ORTELLS RAMOS, La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 2005, pp. 249-281 y Revista xuridica galega, n.º 59, 2008, pp. 29-58.

<sup>59</sup> Comentarios al art. 9:506PECL y art. III.3:706 DCFR.

<sup>60</sup> MORALES MORENO, en ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, t.III, Thomson Reuters, 2021, pp. 451-479 afirma incluso que los requisitos necesarios a la operación de reemplazo se pueden extraer de la jurisprudencia, de la regulación de la operación de reemplazo en caso de resolución del contrato y del modo de proceder en la ejecución judicial.

<sup>61</sup> SEVERÍN FUSTER, El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de derecho privado*, enero-junio 2016, n.º 30, p. 200.

posible el cumplimiento, el acreedor mantiene interés en el mismo (recorrir a un reemplazo temporal). No por ello queda desprotegido el interés del deudor ya que, a pesar de no exigirse una resolución previa, el acreedor debe reconocer previamente al deudor un plazo razonable para cumplir y debe efectuar un reemplazo en condiciones razonables.

Aunque en términos distintos a la CSGI y a los textos de derecho europeo, el art. 1194 PMCC 2023 aplica el criterio del reemplazo, frente a la regla del mercado, ya que afirma que, «En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor». El fundamento de la obligación de reemplazo no sólo está en la satisfacción del interés del acreedor sino también en su obligación de mitigar los daños -prevista en el art. 1192 PMCC 2023-, en virtud de la cual «el deudor deberá asumir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas» (art. 1192.2 PMCC 2023). El acreedor podrá reclamar el reintegro de la diferencia entre lo acordado en el contrato inicial y el de sustitución puesto que se ahorra la contraprestación prevista para el primer contrato. Pero también puede recurrir a la resolución, ya sea porque el pago ya se ha realizado o porque la resolución le resulta más favorable. Por ejemplo, en el momento de realizarse la operación de reemplazo, el precio de la prestación es inferior al que se pactó bajo el primer contrato.

## 6. El régimen jurídico de la pretensión de cumplimiento específico

La PMCC 2009 regula el remedio del cumplimiento en la Sección Segunda del Capítulo VII, bajo el nombre «De la acción de cumplimiento», a la que dedica seis preceptos. De forma más acertada para una norma de derecho sustantivo, la PMCC 2023 lo hace bajo la rúbrica «Derecho al cumplimiento»<sup>62</sup>, al que dedica cuatro preceptos -el art. 1195 PMCC 2009, que remite la pretensión de emisión de una declaración de voluntad a lo dispuesto en la LEC, a no ser que se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento, ha sido eliminado en la PMCC 2023-. Lo previsto en esta sección debe completarse con los correspondientes preceptos de la LEC, ya que, en el caso de que la pretensión de cumplimiento no fuera voluntariamente satisfecha por el deudor, es preciso recabar el auxilio judicial para dar cumplimiento al título ejecutivo. Desaparecidos los arts. 1096, 1098 y 1099 CC, las medidas de ejecución en las ejecuciones dinerarias son las previstas por los arts. 571 y ss. LEC y en las ejecuciones no dinerarias, las contempladas en los arts. 609 y ss. LEC.

Ambas propuestas reconocen al acreedor el derecho a pretender el cumplimiento específico del contrato, independientemente de la naturaleza del objeto de la prestación (obligación de dar, hacer o no hacer) y de que se trate de un incumplimiento excusable o no (art. 1192 PMCC 2009 y art. 1174 PMCC 2023). Luego, por una parte, las Propuestas se alejan de la regla general del *common law*, donde el cumplimiento es remedio discrecional del juez, por medio del *adequacy test*<sup>63</sup>, para recoger la regla del Código civil (art. 1096.1 y 2 y art. 1098, 1 y 2), «en todo caso»

<sup>62</sup> Al igual que los Principios UNIDROIT (Capítulo 7. Sección 2: Derecho a reclamar el cumplimiento), los PECL (Capítulo 9. Remedios específicos en caso de incumplimiento. Sección 1: Derecho a exigir el cumplimiento) y el DCFR (Libro III. Capítulo 3. Derecho a exigir el cumplimiento).

<sup>63</sup> PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, p. 1247 s.; ADAME-MARTÍNEZ, *Specific Performance as the Preferred Remedy in Comparative Law and CISG*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 34-37; SEVERÍN FUSTER, «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el common law. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, pp. 7-37. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5598304.pdf>; BAHAMONDES OYARZÚN/PIZARRO WILSON, «Fundamento, jerarquía y límites del cumplimiento específico. ¿Una tensión entre dos modelos?» en *Revista de Derecho*, 2018, vol.31, núm.2, pp. 29-51.

tratándose de obligaciones pecuniarias y con ciertos límites cuando estamos ante obligaciones no pecuniarias<sup>64</sup>. Y, por otra parte, se alejan de los Principios UNIDROIT (art. 7.1.7(4)) y de los textos europeos -PECL (art. 8:101(2) y DCFR (art. III. 3:101(2))-, que no reconocen al acreedor la pretensión resarcitoria ni la de cumplimiento en forma específica, si el incumplimiento es inexcusable<sup>65</sup>.

### 6.1. Obligaciones pecuniarias

La PMCC 2023 se ha decantado por el término obligación «pecuniaria», frente al de obligación «dineraria» que utiliza la PMCC 2009, pero en ambos casos el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento en forma específica de aquella obligación que consista en el pago de una suma de dinero<sup>66</sup>. Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se pagará en la que tenga curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido (art. 1100 PMCC 2009 y 1144.2 PMCC 2023).

### 6.2. Obligaciones no pecuniarias. Límites al cumplimiento en forma específica

En el caso de las obligaciones no pecuniarias, ambas Propuestas se mantienen fieles a la tradición continental, pero recogen, junto al derecho del acreedor al cumplimiento, una serie de limitaciones o excepciones al ejercicio del mismo, que tal y como precisa ahora la PMCC 2023, el deudor podrá hacer valer frente al acreedor.

#### a. Imposibilidad física o jurídica de la prestación y derecho a los subrogados de la cosa

La imposibilidad física o jurídica de la prestación, como límite a la pretensión de cumplimiento del acreedor, es recogida por ambas propuestas (art. 1192.1 PMCC 2009 y art. 1174.2 PMCC 2023), al igual que lo hacen los textos de derecho europeo<sup>67</sup>. Y ambas reconocen también al acreedor, cuando la obligación cuyo cumplimiento resulta imposible consiste en la entrega de una cosa específica, el derecho a subrogarse en las acciones -los derechos dice la PMCC 2023- que el deudor tuviere contra terceros por razón de la causa que provocó la imposibilidad (el *commodum representationis*). Aunque con alguna diferencia en sus términos, ambas Propuestas añaden que, de ejercitarse estas acciones (PMCC 2009) o derechos (PMCC 2023), de la indemnización de daños que le pueda corresponder al acreedor por el incumplimiento, se deducirá el valor de lo que hubiera percibido (art. 1196 PMCC 2009 y 1177 PMCC 2023).

<sup>64</sup> El derecho del acreedor al cumplimiento específico es reconocido igualmente por la CISG (art. 46), los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2), los PECL (art. 9:102) y el DCFR (art. III. 3:101). Pero el art. 28 CISG deja a salvo la posibilidad del juez de no ordenar el cumplimiento específico «a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención».

<sup>65</sup> No exige en cambio la imputabilidad del incumplimiento al deudor como condición necesaria al ejercicio de la pretensión de cumplimiento la CISG (art. 79.5).

<sup>66</sup> En el mismo sentido, los Principios UNIDROIT (art. 7.2.1) y los PECL (art. 9:101). Si bien parte de la misma regla, el DCFR (art. III. 3:301) añade que, en aquellos casos en que el acreedor de la obligación pecuniaria, en una obligación sinalagmática, aún no ha cumplido con su propia obligación y resulta evidente que el deudor no quiere ya recibir la prestación por la que tendría que pagar, se exceptúa la pretensión de cumplimiento, siempre que (a) el acreedor pueda realizar una transacción sustitutiva razonable sin esfuerzo o gasto significativo; o (b) el cumplimiento no sea razonable dadas las circunstancias. Los comentarios a los PECL y el DCFR precisan que queda incluida en la obligación pecuniaria la obligación accesoria de pago de intereses o de un concepto fijo en concepto de indemnización pero que, en cualquier caso, la obligación debe ser debida por el deudor antes de poder exigir su cumplimiento.

<sup>67</sup> Los comentarios a los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2 a) contemplan la posibilidad de una imposibilidad por ilicitud parcial del contrato, en la medida en que la ilicitud alcance sólo a alguna de sus cláusulas. Los comentarios a los PECL (art. 9:102 (2) a) y al DCFR (art. III.3:302 (3) (a)) prevén expresamente la figura de la imposibilidad temporal.

En nuestro derecho, a la imposibilidad como causa de extinción de la obligación se refieren los arts. 1182, 1184 y 1156 CC y la STS 383/2002, Civil, de 30 de abril, que ha desarrollado lo que debe entenderse por imposibilidad a estos efectos<sup>68</sup>. En las Propuestas, la imposibilidad no opera como causa de extinción de la obligación sino como excepción o límite a la pretensión de cumplimiento, independientemente de que dicha imposibilidad sea o no imputable al deudor, aunque habrá que ver si la jurisprudencia mantiene la misma postura restrictiva acerca de las demás características de la imposibilidad como límite a la pretensión de cumplimiento. En todo caso, la imposibilidad no impide al acreedor recurrir al remedio resarcitorio, tal y como lo prevé expresamente el art. 9:103 PECL.

En lo referente al derecho del acreedor a subrogarse en los derechos que el deudor tuviere frente a terceros, existe alguna diferencia entre ambas Propuestas.

1) Por una parte, el art. 1177 PMCC 2023 condiciona la subrogación a que, siendo obligaciones recíprocas, el acreedor no haya optado por la resolución. Matización que puede considerarse implícita en el art. 1196 PMCC 2009, que indica que la deducción del *commodum* de la indemnización de daños y perjuicios tendrá lugar «si se ejercitan» las acciones que el deudor tuviere contra terceros. Luego se reconoce la posibilidad de que el acreedor opte por otro remedio, como el resarcimiento o la resolución, con la cual el ejercicio del *commodum representationis* resulta incompatible.

2) Por otra parte, el art. 1177 PMCC 2023 añade que «El deudor debe facilitar al acreedor el ejercicio de ese derecho», lo que refuerza la teoría de la obligación del deudor de ceder al acreedor los derechos que le asisten por razón de la pérdida de la cosa, frente a terceros, frente a la teoría de la adquisición automática de estos derechos o acciones por el acreedor<sup>69</sup>.

En nuestro derecho, el art. 1186 CC se refiere al derecho del acreedor a aquello que el deudor hubiere obtenido de terceros, por razón de la pérdida de la cosa (*commodum ex re*). Pero son muchas las dudas que ha suscitado entre la doctrina el ámbito de aplicación de dicho precepto (si incluye exclusivamente los casos de pérdida fortuita o también los casos de pérdida imputable al deudor, si se limita a las obligaciones de entrega de cosa específica o incluye también las de entrega de cosa genérica e incluso las obligaciones de hacer, si opera exclusivamente cuando se trata de la extinción de obligaciones de dar cosa determinada con función traslativa de la propiedad o también cuando la entrega opera con función restitutoria, o si se aplica o no a las obligaciones sinalagmáticas)<sup>70</sup> y su alcance (si tiene exclusivamente por objeto el *commodum ex*

---

<sup>68</sup> STS 383/2002, Civil, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2002:3107): «Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: (...) no cabe confundir dificultad con imposibilidad (...), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica), de ahí que se siga un criterio objetivo (...). La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (que solo tiene efectos suspensivos), y la derivada de una situación accidental del deudor. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (...).»

<sup>69</sup> En este sentido ya se pronunciaba PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, t. XLVI, fasc.IV, 1993, p. 1737.

<sup>70</sup> CRISTOBAL MONTES, «El *commodum representationis* del art. 1186 CC», en *ADC*, vol.40, núm 2, 1987, pp. 607-613. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5601/5601>; SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pp. 151 y 152.

re o también el *commodum ex negotiatione*, es decir la contraprestación debida por el tercero o lo ya satisfecho por razón de dicha cosa)<sup>71</sup>.

Las Propuestas resuelven gran parte de dichas dudas ya que la imposibilidad de entregar cosa determinada, imputable o no al deudor, otorga al acreedor el derecho a todo lo que obtenga el deudor como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad. Si además el incumplimiento es imputable al deudor, el acreedor podrá optar entre 1) ejercer en exclusiva el remedio resarcitorio, que incluirá entre otros daños el valor de la cosa que debió entregarse (*aestimatio rei*), 2) solicitar la resolución del contrato y en su caso la indemnización de daños, o 3) hacer valer su derecho al *commodum ex negotiatione*, acompañado en su caso de una indemnización de daños. En este último caso, de dicha indemnización se deducirá el valor de lo percibido de terceros en concepto de *commodum*.

*b. Excesiva onerosidad. Relación con la alteración sobrevenida de circunstancias*

La PMCC 2009 recoge, como segundo límite a la acción de cumplimiento, o en su caso, como límite a la ejecución forzosa, el de la excesiva onerosidad del cumplimiento para el deudor (art. 1192.2). De acuerdo con los precedentes que encontramos en los textos de derecho europeo (arts. 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT, art. 9:102(2)(b) PECL) la excesiva onerosidad del cumplimiento se ha interpretado, por quienes han estudiado la PMCC 2009, como una desproporción entre el coste o esfuerzo que representa el cumplimiento para el deudor y la utilidad que proporciona al acreedor<sup>72</sup>. Tal y como recogen los comentarios a los Principios UNIDROIT, «En casos excepcionales, particularmente cuando hubo un cambio drástico de las circunstancias después de la celebración del contrato, el cumplimiento podría ser todavía posible, pero tan oneroso que reclamarlo en forma específica atentaría contra el principio general de buena fe y lealtad comercial». Y ponen como ejemplo el de un buque petrolero que naufraga en aguas costeras durante una fuerte tempestad. Aunque sería posible recuperar el buque del fondo del mar, el cargador no podría reclamar el cumplimiento del contrato de transporte si esto fuese a ocasionar al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo.

La PMCC 2009 acoge así la postura que habían mantenido ya, en alguna ocasión, nuestro Tribunal Constitucional (STC 194/1991, de 17 de octubre)<sup>73</sup> y Tribunal Supremo (STS 649/1998, Civil, de 2

<sup>71</sup> Acerca de las posibles interpretaciones del art. 1186 CC al respecto: BASOZABAL ARRUE, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiationem* en el art. 1186 CC » *ADC*, t. LXXIII, fasc. IV, 2020, pp. 1508-1516. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/6324/6252>

<sup>72</sup> FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc.IV, 2011, p. 1513.

<sup>73</sup> STC 194/1991, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1991:194): el TC confirmó las sentencias de instancia que habían fallado en favor de la imposibilidad de ejecutar la Sentencia en sus propios términos (el demandado había sido condenado por sentencia a dejar libre de todo depósito de materiales la propiedad del demandante), «(...) toda vez que de la prueba pericial practicada y del reconocimiento judicial se desprendía que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones supondría un coste superior a 50.000.000 de pesetas, lo que resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, puesto que la finca, de secano y sita al lado de unas escombreras, solo podía valorarse en 116.025 ptas». El TC estimó que «la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 de la Constitución comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales; que, no obstante ese principio general, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o, si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la Constitución (...); que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido (...), y, en definitiva, que tan constitucional es una ejecución de Sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (...). el Juez, cuyo criterio confirmó la Audiencia, estimó que configuraba un

de julio)<sup>74</sup>, en fase de ejecución de sentencia, al amparo de la doctrina del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del derecho de propiedad: representa un ejercicio abusivo del derecho reclamar el cumplimiento específico cuando el mismo supone un costo o gravamen excesivo para el deudor, habida cuenta la desproporción entre el coste del cumplimiento y el valor de la prestación. En ambas resoluciones el tribunal interpretó la desproporción en clave monetaria, comparando el coste económico del cumplimiento con el valor económico de la prestación, aunque el término «costo» o «gravamen» desproporcionado -al igual que el de prestación excesivamente «onerosa» empleado por la PMCC 2009- tienen un contenido más amplio.

El límite al cumplimiento por excesiva onerosidad presupone que estamos en fase de incumplimiento, incluso que se haya dictado una sentencia de condena al cumplimiento específico, y que el deudor se oponga al mismo. Pero el deudor también puede oponerse al cumplimiento, tal y como se había acordado, sin esperar a que éste le sea exigido por el acreedor, por entender que una alteración sobrevenida de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato hace que su ejecución resulte excesivamente onerosa (art. 1213 PMCC 2009 y 1238 PMCC 2023)<sup>75</sup>. Ni el ámbito temporal ni los supuestos de hecho de ambas figuras son plenamente coincidentes. En el caso del art. 1213 estamos ante una excesiva onerosidad (o frustración del fin del contrato) para una de las partes, por alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias básicas del contrato, acaecida en fase de cumplimiento. En el caso del art. 1192.2, estamos ante una excesiva onerosidad para el deudor, independientemente de cuál sea su causa, acaecida en fase de incumplimiento y representada por una desproporción entre el coste del cumplimiento en forma específica y la utilidad que el mismo proporciona al acreedor. No obstante, cabe la posibilidad de que concurran a la vez los supuestos de hecho contemplados por ambos preceptos: el cumplimiento ha devenido oneroso por una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias básicas del contrato, pero el deudor no solicita la revisión (PMCC 2009) o renegociación (PMCC 2023) hasta que no le es exigido el cumplimiento<sup>76</sup>. Ni la PMCC 2009 ni la PMCC 2023 -pese a contener una regulación más detallada

---

abuso de derecho, o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, la pretensión del recurrente de que la Sentencia se ejecutara en sus propios términos por sus desproporcionadas consecuencias; y ante la imposibilidad de esa modalidad de cumplimiento, estableció una ejecución por sustitución o equivalente pecuniario mediante el pago de una indemnización en vez de la entrega de la finca». En el mismo sentido: Auto AP Palencia, de 25 de febrero 1999 (AC\1999\3533), que declaró: «También es de hacer notar que en determinados casos de ejecución de sentencia, la sustitución de su cumplimiento por su equivalente, viene dado por otras razones, como es la desproporción que puede darse entre el perjuicio que la misma ocasione a los ejecutados o a terceros y la utilidad que pueda reportar al ejecutante, que de ser acusada, por ser mayor aquél (el perjuicio) que ésta (la utilidad), puede justificar tal sustitución, conforme se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (...)». Aunque esta doctrina se utilizó para rechazar la pretensión de la recurrente de ejecución de la sentencia en sus propios términos, por entenderse que dicha ejecución perjudicaría al resto del edificio y requeriría la afectación sustancial de elementos comunes cuando la Comunidad de Propietarios no había sido parte en el procedimiento.

<sup>74</sup> STS 649/1998, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:1998:4434): el TS, en aplicación de la doctrina constitucional anteriormente citada (STC 17 de octubre de 1991) desestimó el recurso de casación y la demanda de cumplimiento al considerar que, si bien la ejecución no era «técnicamente imposible de llevar a cabo, sí su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado, sino que, además, (...) significaría un gravamen desproporcionado». Se confirma la sustitución de la ejecución material por la indemnización de la pérdida de valor experimentado por la finca, como consecuencia de la destrucción del canal de riego objeto de la litis, además del valor actualizado de dicho aprovechamiento acuifero destruido, ya que «una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar».

<sup>75</sup> Acerca de la delimitación entre el costo excesivo que impone al deudor la corrección de su incumplimiento —realización específica del interés del acreedor— y la excesiva onerosidad sobrevenida del cumplimiento como excusa del mismo: MOMBEG URIBE/VIDAL OLIVARES, «El límite económico al cumplimiento del contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, pp. 1-23.

<sup>76</sup> Entiende FENOY PICÓN, «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de Modernización del Código Civil de 2009», en DE LA MAZA GARMURI (coord.), *Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, 2011, p. 34, siguiendo a Reinhard Zimmermann, que la excepción al cumplimiento del art. 1192.II.2 PMCC tiene un campo operativo distinto del art. 1213 PMCC: en el art. 1213 PMCC el cumplimiento es oneroso para el deudor, pero, hay proporción con el interés del acreedor en el cumplimiento.

de la alteración sobrevenida de circunstancias (art. 1238 PMCC 2023)- indican cómo se articula el deber de revisar o renegociar el contrato con la posibilidad del acreedor de ejercer los demás remedios por incumplimiento<sup>77</sup>. Parece que habrá que entender, en modo análogo a lo que prevén los comentarios a los PECL, que, en tanto que regla especial, el régimen jurídico de la excesiva onerosidad por cambio de circunstancias prevalece frente a los remedios del acreedor por falta de cumplimiento. La parte perjudicada podrá pedir la modificación del contrato, paralizando la facultad del acreedor de ejercer los demás remedios por incumplimiento.

*c. Razonabilidad de la pretensión de cumplimiento. Relación con la operación de reemplazo*

La PMCC 2023 ha sustituido la referencia a la excesiva onerosidad, como límite al cumplimiento y a la ejecución forzosa, por la referencia a un cumplimiento no razonable conforme a la relación obligatoria, como límite a la pretensión de cumplimiento. Por lo tanto,

1) Ya no se hace referencia expresa a la posibilidad de que opere dicho límite cuando la sentencia de condena no es ejecutada voluntariamente por el deudor, sino solamente en caso de ejercicio judicial o extrajudicial del cumplimiento. Con ello, desaparece la contradicción con el art. 18.2 de la Ley orgánica del poder judicial, según el cual las sentencias de ejecutarán en sus propios términos y solamente si la ejecución resultare imposible, el juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará la indemnización procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento. No obstante, debemos recordar la doctrina constitucional anteriormente citada conforme a la cual, la desproporción que puede darse entre el perjuicio que la ejecución específica ocasione a los ejecutados o a terceros y la utilidad que pueda reportar al ejecutante, puede justificar la sustitución por el equivalente pecuniario, sin que ello vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)<sup>78</sup>.

2) Aunque la PMCC 2023 no lo especifica, si tenemos en cuenta la PMCC 2009 y los textos de derecho europeo que sirven de fuente de inspiración a ambas Propuestas, hay que entender que el cumplimiento no es razonable cuando resulta excesivamente oneroso o costoso para el deudor. El art. 9:102 (2) (b) PECL se refiere expresamente a «esfuerzos o gastos irrazonables» y los comentarios añaden que «No se puede definir normativamente cuándo un esfuerzo o gasto es desproporcionado», asociando así lo irrazonable con lo desproporcionado. Por otra parte, los ejemplos que prevén los PECL son de desproporción económica entre el coste del cumplimiento y el valor de la prestación (ejemplo 1) y entre el coste del cumplimiento y la utilidad del mismo para el acreedor, concretada dicha utilidad en el incremento de valor que habría experimentado el bien en caso de cumplimiento (ejemplo 2)<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Sobre la resolución de esta cuestión en los PECL, los Principios UNIDROIT y el Código Civil alemán: SAN MIGUEL PRADERA, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, t. LV, fasc. III, 2002, pp. 1125-1128, que considera que la solución del derecho alemán, donde el derecho del deudor a pedir la renegociación del contrato sólo entra en juego cuando el deudor no ha quedado liberado de su obligación de cumplir por onerosidad excesiva, es la que mejor pondera los intereses de ambas partes contratantes (p. 1128).

<sup>78</sup> STC (Pleno) 194/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991). Dicha doctrina ha admitido la sustitución de la condena en forma específica por el equivalente pecuniario cuando existen «razones atendibles», lo que se ha concretado en la mencionada desproporción económica y en la dificultad extraordinaria de la ejecución en sus propios términos.

<sup>79</sup> Ejemplo 1: A ha venido su yate «Eliza», prometiendo entregarlo en el domicilio de B. En ruta para ser entregado, otro barco choca con el «Eliza» y se hunde. El coste de reflotar el «Eliza» es cuarenta veces superior a su valor. El coste de obligar a A a cumplir su prestación es irrazonable. Ejemplo 2: A arrienda su granja por cinco años a una compañía minera; B promete restaurar el terreno tras completar la operación de minería; entretanto, A decide arrendar el terreno (para después que B se lo

El art. III.3:302 (3) (b) DCFR se refiere a una ejecución «irrazonablemente onerosa o costosa», y los comentarios a dicho apartado precisan que «Onerosa no significa económicamente onerosa. Es más amplio que eso. Puede alcanzar a algo que implica un esfuerzo desproporcionado, incluso algo capaz de causar gran angustia, vejación o molestia». Luego los comentarios al DCFR vuelven a asociar lo irrazonable con lo desproporcionado y, a pesar de precisar que lo oneroso no se reduce al ámbito económico, utilizan los mismos ejemplos que los PECL y vuelven a comparar el coste económico del cumplimiento con la utilidad que el mismo reportaría al acreedor, determinado éste en función del valor económico de la prestación o el incremento de valor que experimentaría el bien. Pero más allá de los ejemplos proporcionados por los comentarios a ambos textos y sin perjuicio de la necesidad de traducir el esfuerzo o gasto (para el deudor) y la utilidad o interés (para el acreedor), a una misma base monetaria, los términos utilizados por ambos textos son lo suficientemente amplios como para recoger aspectos de naturaleza no estrictamente patrimonial.

El art. 1:302 PECL añade que «Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera». Y el Anexo 1 del DCFR indica que «lo razonable debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de lo que se hace, las circunstancias del caso y los usos y costumbres pertinentes». Por lo tanto, la remisión a lo «razonable» obliga a ponderar los intereses en juego, de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas, pero la valoración deberá hacerse de forma objetiva: hay que atender al esfuerzo que ocasionaría y la utilidad que reportaría, a cualquier persona de buena fe, en esas mismas circunstancias, el cumplimiento de la prestación.

Aplaudimos la oportunidad de positivar este límite en el proyecto de reforma español (ya sea en aplicación del principio general de buena fe y lealtad negocial -como indican los Principios UNIDROIT- de la doctrina del abuso del derecho -como ha mantenido nuestra jurisprudencia en fase de ejecución de sentencia- o de un criterio de eficiencia económica<sup>80</sup>), pero es indudable que la redacción propuesta atribuye gran libertad al órgano judicial -tal vez excesiva- para valorar, ante la oposición del deudor a la pretensión de cumplimiento, cuando excluir la misma. A diferencia de los textos europeos, no contamos con ninguna pauta acerca de lo que se entiende por pretensión de cumplimiento «no razonable», por lo que la propuesta remite la concreción del alcance y contenido de la excepción a la doctrina de los autores y tribunales. Podría ser útil estudiar la experiencia del derecho francés, donde la versión definitiva del Código Civil<sup>81</sup> se ha

---

restituya) a la Armada, para ser utilizado como área de entrenamiento para tanques; si B ha de gastar 29.000 dólares para restaurar e terreno y su valor se incrementaría sólo 300 dólares, la restauración es irrazonable.

<sup>80</sup> MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006, p. 67: «El nuevo derecho de la contratación, aunque reconozca al acreedor la pretensión de cumplimiento, que le permite satisfacer in natura su derecho, establece en ocasiones límites a su ejercicio, no fundados en la imposibilidad, sino en otras causas, en las que sin duda están presentes los criterios económicos: la ponderación del coste que la ejecución supone para el deudor con el beneficio que puede obtener el acreedor, la mejora del funcionamiento del mercado, etc.». Puede consultarse un riguroso análisis de esta cuestión, en derecho francés, en CORMIER, «Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil», Tesis, Universidad Panthéon-Assas, 2022, p. 173 ss. Disponible en 6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5.

<sup>81</sup> Art. 1221 Code Civil: «El acreedor de una obligación puede, previo requerimiento, exigir el cumplimiento en especie, a menos que dicho cumplimiento sea imposible o exista una desproporción manifiesta entre el coste para el deudor de buena fe y el beneficio para el acreedor».



alejado del texto del Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones de 2015<sup>82</sup>, que contemplaba precisamente como excepción al cumplimiento en forma específica el de un cumplimiento «cuyo coste es manifiestamente no razonable». Una parte importante de la doctrina francesa discutió la oportunidad del término «razonable», que atribuía, entendían, un poder excesivo al juez y ponía en jaque el carácter preferente del cumplimiento en forma específica<sup>83</sup>.

A diferencia de los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2.c) y los PECL (art. 9:102.2.d)<sup>84</sup>, ninguna de las Propuestas incluye expresamente, entre los límites al cumplimiento, la posibilidad de que el perjudicado pueda razonablemente obtener la prestación por otras vías (por ejemplo, a través de la denominada «operación de reemplazo»). Algunos autores han reconducido la existencia de esta posibilidad del acreedor a la obligación de mitigar los daños (art. 1211 PMCC 2009): si el acreedor no actúa razonablemente en la elección de los remedios e insiste en un mecanismo de tutela que incrementa las pérdidas del deudor, incumple su obligación de mitigar los daños<sup>85</sup>. La viabilidad de la operación de reemplazo no actuaría como límite al cumplimiento, pero repercutiría sobre el montante indemnizatorio: el acreedor no puede reclamar el incremento de daño no evitado por no recurrir a la operación de reemplazo<sup>86</sup>. Ésta es la postura que ha venido manteniendo igualmente nuestra jurisprudencia, donde la operación de reemplazo se ha mostrado como una de las medidas mitigadoras exigibles al acreedor, frente a las consecuencias desfavorables del incumplimiento (SSTS 186/2010, Civil, de 18 de marzo y 221/2012, Civil, de 9 de abril)<sup>87</sup>, pero no como límite al cumplimiento. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento por el acreedor no permite al deudor oponerse al pago, alegando la posibilidad del acreedor de celebrar una operación de reemplazo (STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo)<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> Puede consultarse el Anteproyecto en La Semaine Juridique. Édition Générale. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications. Supplément au n° 21, 25 Mayo 2015. Disponible en <https://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/04/25-mai-2015-Projet-droit-des-contrats.pdf>

<sup>83</sup> Nota de GENICON, «Contre l'introduction du «coût manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 63; TOURNAFOND, «Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 26; MAINGUY, «L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 44.

<sup>84</sup> Principios UNIDROIT (art. 7.2.2.c), PECL (art. 9:102.2d). El DCFR (art. III.-3:302. Comentario F) únicamente prevé que dicha posibilidad puede ser tenida en consideración para determinar si el cumplimiento resulta irrazonablemente oneroso.

<sup>85</sup> VIDAL-OLIVARES, *Revista chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 278: «si el acreedor insiste en el cumplimiento específico siendo razonable para la satisfacción de su interés resolver el contrato y celebrar una operación de reemplazo o demandar la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico incrementa las pérdidas, el deudor, pese a quedar obligado a la ejecución podrá invocar la infracción de la carga de mitigar las pérdidas y solicitar la reducción de la indemnización ex artículo 1208». FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1540-1541; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson-Reuters, 2010, p. 182.

<sup>86</sup> La carga de mitigar el daño está prevista en la CSGI (art. 77), los Principios UNIDROIT (art. 7.4.8), los PECL (art. 9:505) y el DCFR (art. III. 3: 302 (5) y III.3:705).

<sup>87</sup> SSTS 186/2010, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1137) y 221/2012, Civil, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2012:6120). En ambos casos, ante el incumplimiento de un contrato de arrendamiento de local, resuelto unilateralmente por la parte arrendataria, la parte arrendadora solicita la resolución e indemnización de los daños y perjuicios por lucro cesante, consistente en el monto de las rentas que faltaban por pagar. El tribunal estima que debe moderarse la indemnización solicitada ante la posibilidad del arrendador (acreedor) de concertar un nuevo arrendamiento, tras el incumplimiento del arrendatario.

<sup>88</sup> STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1210): El arrendador había demandado a su arrendatario por incumplimiento anticipado del contrato de arrendamiento de local comercial, exigiéndole el pago de las rentas pendientes hasta el vencimiento del contrato. El arrendatario alegó resolución unilateral del contrato, antes de producirse el vencimiento y la posibilidad del arrendatario de recurrir a una operación de reemplazo desde entonces. Al no existir una cláusula que otorgue al arrendatario la facultad de resolver unilateralmente, no haber aceptado el arrendador la voluntad del arrendatario del terminar el arriendo y haberle solicitado el pago de las rentas vencidas, el tribunal entiende que estamos ante una acción de cumplimiento dirigida a obtener el pago de las rentas pendientes y no ante una acción de responsabilidad contractual dirigida a obtener los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento de la otra parte, por lo que no procede una moderación en

De haberse incluido esta excepción, perdería gran parte de su eficacia el principio de fuerza obligatoria del contrato y el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento en forma específica. Éste quedaría limitado a las obligaciones de dar cosa determinada ya que le bastaría al deudor con demostrar que el acreedor tiene a su alcance otra forma de obtener la prestación (lo que será así siempre que se trate de obligaciones de hacer no personales o bienes fungibles que pueden ser proporcionados en el mercado por un tercero) para excluir el derecho al cumplimiento<sup>89</sup>.

Otra cosa es que, para apreciar el carácter razonable de la pretensión de cumplimiento, haya que valorar, junto al coste que representa para el deudor, cuál es el interés del acreedor en el cumplimiento y, para determinar dicho interés, pueda tenerse en cuenta, como otro elemento más, la posibilidad de satisfacerse recurriendo a otros remedios, ya se trate de una operación de reemplazo o de cualquier otro remedio<sup>90</sup>. En este sentido, los comentarios al DCFR indican que «para determinar si el cumplimiento es irrazonablemente oneroso o costoso puede ser relevante tener en cuenta si el acreedor puede obtener el cumplimiento de otra fuente y reclamar el coste al deudor»<sup>91</sup>.

#### d. Otros límites al cumplimiento en forma específica

La PMCC 2009 recoge otros dos límites al cumplimiento en forma específica que no han sido incluidos en la PMCC 2023: el ejercicio de buena fe de la pretensión de cumplimiento y el carácter personal de la prestación.

---

la indemnización de daños y perjuicios («debemos convenir con el recurrido y con la resolución recurrida que no procede moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación»). No obstante, añade el tribunal que «el arrendatario no probó que el arrendador volviese a arrendar el local (como se declara en la sentencia recurrida) o que obstruyese la posibilidad de hacerlo». Sentencia comentada por Rodríguez Rosado. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=C-OM-D-2016-2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=C-OM-D-2016-2)

<sup>89</sup> Se muestran expresamente contrarios a la posibilidad de incluir el recurso al negocio de reemplazo en el ámbito de aplicación del art. 1192.II. 3 PMCC 2009: FENYO PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, p. 1540: «Esta construcción supone extraer, a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y forzoso (art. 1192. II PC), un importante campo de actuación» y ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, p. 312. Disponible en [https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento\\_y\\_reemplazo\\_bases\\_para\\_una\\_teor%C3%ADa\\_general\\_de\\_la\\_operaci%C3%B3n\\_de\\_reemplazo\\_en\\_derecho\\_espa%C3%B1ol](https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol)

<sup>90</sup> En este sentido PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, t. XLIV, fasc. IV, 1993, p. 1730: «No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios». MOMBREG-URIBE/VIDAL-OLIVARES, «El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, p. 8., entienden que «el límite a la pretensión de cumplimiento obliga, ante todo, a prestar atención al interés del acreedor, al que solo se le privará de ella cuando imponga al deudor costos excesivos, disponiendo de otra opción razonable y, menos costosa, igualmente apta para la realización de su propósito frustrado por el incumplimiento. Entonces, desde esta óptica, es insuficiente tomar en cuenta solo el costo económico —si este supera o no el valor de la prestación, o si tal costo no redundará en un beneficio económico significativo para el acreedor—, sino que hace falta, también, considerar la efectiva posibilidad de satisfacción del interés del acreedor».

<sup>91</sup> Se pone este ejemplo: A vende y entrega una máquina a B. Entregada, B descubre el carácter defectuoso de un ajuste de la máquina que fácilmente puede subsanarlo un competidor. A no dispone de ingenieros en 300 kilómetros alrededor del lugar de negocios de B, por lo que tendría gastos irrazonables si tuviera que enviar un ingeniero para hacer algo que puede hacerse a nivel local. A ofrece pagar el ajuste que haga un ingeniero local. Si B puede lograr que una firma local lo haga, B no podrá exigir que lo lleve a cabo A.

El límite de la buena fe no ha sido expresamente previsto por ninguno de los textos de derecho europeo como excepción a la pretensión de cumplimiento. Su inclusión en la PMCC 2009 fue considerada por algunos autores como superflua, por constituir una aplicación específica del art. 7CC para la cual bastaría dicho precepto<sup>92</sup>, e incluso desafortunada, en la medida en que pudiera intentar encajarse en ella, como exclusión del cumplimiento específico, la posibilidad de llevar a cabo una operación de reemplazo<sup>93</sup>. Otros autores entienden, al contrario, que cabe incluir en este límite supuestos que los textos europeos reconducen a un cumplimiento irrazonablemente oneroso o costoso (como aquellos en los que el cumplimiento específico ha dejado de ser útil para el acreedor o cuando éste puede ver fácilmente satisfecho su interés recurriendo a una operación de reemplazo)<sup>94</sup>, o que no han sido expresamente contemplados en las Propuestas. Este sería por ejemplo el caso de la pérdida de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor no la hace valer tempestivamente<sup>95</sup>. Efectivamente, a diferencia de la CSGI (art. 46.3), los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2(e)), los PECL (art. 9:102 (3), o el DCFR (art. III. 3:302.4), ninguna de las dos Propuestas recoge el derecho del deudor a oponerse a la pretensión de cumplimiento en forma específica cuando el acreedor no ejerce su pretensión en un plazo razonable. Las Propuestas si contemplan dicho plazo, en cambio, desde que se conoció o debió conocer el incumplimiento, para poder ejercer la pretensión de resolución contractual ante una oferta tardía de cumplimiento o de cumplimiento no conforme (art. 1200.1 PMCC 2009, art. 1183 PMCC 2023) o para pedir la reducción del precio, que en la PMCC 2009 tiene un plazo de caducidad de seis meses desde que la prestación se ejecutó (art. 1197.III PMCC 2009).

Con todo, el ejercicio tardío de la pretensión de cumplimiento podría reconducirse en nuestro derecho a la figura del retraso desleal, entendido como contravención del principio de buena fe consagrado en el art. 7.1 CC, siempre que se den los requisitos para ello: omisión en el ejercicio del derecho o acción, inactividad o dilatado transcurso del tiempo y confianza suscitada en el deudor nacida, necesariamente, de actos propios del acreedor que delatan una objetiva deslealtad (SSTS 243/2019, Civil, de 24 de abril y 162/2024, Civil, de 7 de febrero<sup>96</sup>. En aplicación de la CSGI: SAP Navarra, Sección 3ª, 27 de marzo 2000<sup>97</sup>, y con invocación de los PECL: STSJ

<sup>92</sup> De esta opinión: FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1530-1531 y 1540-1541. También se mostraban favorables a su supresión BAHAMONDES OYARZÚN, en DE LA MAZA GAZMURI (coord.), *Cuadernos de análisis jurídicos*, vol. VII: *Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, 2011, p. 36 y VERDERA SERVER, en GONZALEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, p. 88.

<sup>93</sup> FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1530-1531.

<sup>94</sup> GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 53.

<sup>95</sup> GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 55; VIDAL OLIVARES, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 278: «tratándose de una petición intempestiva, podría invocar el límite general del N° 3 del párrafo segundo del artículo 1192».

<sup>96</sup> STS 243/2019, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1316) en aplicación de la doctrina del retraso desleal, las sentencias de instancia desestimaron la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas en base a un contrato de arrendamiento financiero suscrito por las partes litigantes. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante y condena a la entidad financiera demandada al pago de la cantidad reclamada: «Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (...)». En aplicación de la misma doctrina, la STS 162/2024, Civil, de 7 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:474) desestima el recurso de casación promovido por la comunidad de propietarios demandada, contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta había revocado la de instancia y la había condenado a pagar las cantidades reclamadas no prescritas, en concepto de cuota de servicio y mantenimiento de contador.

<sup>97</sup> SAP Navarra, Sección 3ª, de 27 de marzo 2000 (ECLI:ES:APNA:2000:346). La AP Navarra estima el recurso interpuesto y deja sin efecto la condena que el fallo efectúa respecto de la vendedora: «Conforme al núm. 3 del

Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 6 de octubre 2003<sup>98</sup>). Incurrir en retraso desleal el acreedor que no ejerce la pretensión de cumplimiento durante un largo trascurso de tiempo y realiza actos que generan en el deudor la confianza de que la reclamación no se producirá.

Por lo que respecta al límite de la prestación personal del deudor, los Comentarios a la PMCC 2009 señalaron la contradicción entre esta excepción y el art. 709 LEC, que contempla la posibilidad del acreedor de recurrir a multas coercitivas mensuales que induzcan al cumplimiento (compulsión indirecta al cumplimiento)<sup>99</sup>. Su supresión en la PMCC 2023 soluciona esta incoherencia.

### 6.3. Reparación y sustitución

Ambas Propuestas incluyen, como modalidades de cumplimiento, la reparación y la sustitución de la prestación disconforme con el contrato, condicionando su ejercicio a los límites ya mencionados. Mientras que el art. 1193 PMCC 2009 prevé que el derecho del acreedor al cumplimiento comprende, la reparación, la rectificación de los defectos o la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado, cuando su naturaleza no lo impide, el art. 1175 PMCC 2023 se expresa en términos más amplios, incluyendo la reparación o cualquier otra forma de subsanación de la prestación ejecutada y su sustitución, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. Subsanar es sustituir, reparar y rectificar, pero también caben otras modalidades de subsanación, como los supuestos a los que se refieren los Principios UNIDROIT: obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan las mercaderías u obtener una autorización administrativa<sup>100</sup>.

En nuestro derecho positivo no se ha reconocido tradicionalmente al acreedor la facultad de pedir la reparación de la prestación defectuosa (sí lo ha hecho nuestra jurisprudencia, especialmente en el ámbito de la compraventa inmobiliaria)<sup>101</sup>. Pero la CSGI primero (art. 46) y las Directivas 1999/44 (art. 3) y 2019/771 (art. 13) después, han recogido, en sus ámbitos respectivos, el derecho del comprador a exigir la reparación y la sustitución de la cosa no conforme (arts. 118 y ss.TRLGDCU). Las Propuestas dan un paso más y generalizan la pretensión de reparación o sustitución a toda prestación, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. MORALES

---

art. 46 de la Convención el comprador puede exigir la reparación de la mercadería, siempre que se comunique tal circunstancia al vendedor dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya descubierto. Si las primeras averías se descubren, según contestación de la demanda en otoño de 1.997, ninguna comunicación se hace, sobre los aparatos defectuosos, salvo sobre uno ya aludido mediante fax de 5 Feb. 1997, hasta la reconvención judicial, el 11 May. 1998, este lapso de tiempo en modo alguno es razonable, no solo en sí, sino por la mala imagen que en el mercado nacional causa a Bell Nature el proporcionar unos aparatos defectuosos a sus clientes»,

<sup>98</sup> STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de octubre 2003 (ECLI:ES:TSJNA:2003:1335). El TSJ de Navarra declara haber lugar a los recursos interpuestos por las dos partes litigantes y declara inadmisibles, por antijurídica y contraria a las exigencias de la buena fe, la pretensión de cumplimiento deducida con desleal retraso en la demanda principal y extinguido o resuelto el vínculo contractual constituido: «Constituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una obligación contractual se ejercite tempestivamente en un “tiempo razonable”, a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada».

<sup>99</sup> FENOY PICÓN, *ADC*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1532-1535; GÓMEZ CALLE, *ADC*, t. LXV, fasc. I, 2012, p. 54; VERDERA SERVER, en GONZÁLEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, p. 59.

<sup>100</sup> Comentarios al art. 7.2.3 de los Principios UNIDROIT.

<sup>101</sup> Ver las sentencias citadas en el epígrafe 4. La pretensión de cumplimiento específico y la pretensión al valor económico del cumplimiento.

MORENO entiende que este «ensanchamiento» del cometido de la pretensión de cumplimiento, que no coincide con el cumplimiento del contenido originario de la prestación, obedece a la redefinición del papel de los remedios, encaminados a garantizar la satisfacción del interés del acreedor y no ya el deber de prestación<sup>102</sup>.

A pesar de esta referencia a las distintas modalidades del cumplimiento, las Propuestas dejan numerosas cuestiones sin resolver. Nada se dice, por ejemplo, acerca de la relación entre ambas variantes. ¿Hay alguna preferencia entre reparación y sustitución? El uso de la conjunción «o», parece indicar que no existe jerarquía, pero al estar éstas sujetas a las limitaciones antes estudiadas, la elección del acreedor deberá ser razonable. Como hemos visto, no lo será cuando resulte excesivamente onerosa para el deudor en proporción con la utilidad que proporciona al acreedor, la cual viene determinada, entre otros aspectos, por la existencia de otras vías de satisfacción de su interés. Tampoco indican las Propuestas si cabe acudir a la sustitución si fracasa la reparación. Es decir, si las «restantes acciones», a las que se refiere el art. 1194 PMCC 2009, o los «restantes remedios», a los que se refiere el art. 1176 PMCC 2023, incluyen también las distintas modalidades de cumplimiento, de modo que ejercitada una de ellas sin éxito puede recurrirse a la otra<sup>103</sup>. O si es preciso que el incumplimiento sea esencial o revista cierta entidad para poder recurrir a la sustitución, como lo exige la CSGI (art. 46)<sup>104</sup>. No olvidemos que, a diferencia de lo previsto en la CSGI (art. 39), no es preciso conceder al deudor un plazo para corregir su incumplimiento, antes de pretender la sustitución.

#### 6.4. *Ius variandi* del acreedor

Los arts. 1194 PMCC 2009 y 1176 PMCC 2023 regulan el *ius variandi*, que podrá ejercer el acreedor después de haber optado, sin éxito, por la pretensión de cumplimiento de una obligación no dineraria. Así como la PMCC 2009 condiciona su ejercicio a que la satisfacción del interés del acreedor no se haya obtenido de forma oportuna, la PMCC 2023 especifica que también podrá optarse por otro remedio cuando el interés del acreedor no se haya satisfecho en el plazo razonable que le hubiera fijado al deudor. De esta manera, no sólo se protege el interés del acreedor, que no se ve obligado a insistir en un remedio que no conduce a ningún resultado, sino también el derecho del deudor al cumplimiento: el acreedor no podrá cambiar intempestivamente de opinión, sino que, una vez concedido al deudor un nuevo plazo para cumplir, tendrá que esperar a que finalice el mismo<sup>105</sup>. En este sentido, las Propuestas se alejan del derecho actual, donde el art. 1124 CC sólo permite al acreedor pedir la resolución cuando el cumplimiento resulte imposible (art. 1124 CC)<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> MORALES MORENO, *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*, Ibañez, 2006, pp. 101-102: «(...) este contenido secundario, añadido a posteriori, que permite al acreedor exigir una actuación complementaria del deudor orientada a la reparación o a la sustitución, pone de manifiesto la importancia que adquiere en el nuevo derecho de contratos la satisfacción del interés del acreedor».

<sup>103</sup> FENOY PICÓN, *ADC*, LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1547 y 1548 entiende que la expresión «restantes acciones» hace pensar en que el ejercicio de una determinada modalidad de cumplimiento agota las otras modalidades, pero cree que es solución más adecuada permitir al acreedor, que no ha obtenido oportunamente satisfacción ejercitando una de ellas, desistir y ejercitar la otra.

<sup>104</sup> VIDAL OLIVARES, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, julio 2011, p. 277 nota 96, echa en falta la limitación prevista por el artículo 46 de la Convención de Viena, en orden a que el incumplimiento deba ser esencial para acudir a la sustitución. Entiende que «de mantenerse el texto, los esfuerzos deberán orientarse a aplicar el límite del numeral 3 del artículo 1192, por estimarse contraria a la buena fe la pretensión de sustitución de la prestación en casos de incumplimientos no esenciales».

<sup>105</sup> El *ius variandi* es reconocido igualmente por los Principios UNIDROIT (art. 7.2.5) y los comentarios al DCFR (art. III, 3:102).

<sup>106</sup> Aunque hay quien entiende que debe hacerse una interpretación amplia del art. 1124 CC., incluyendo los casos en que el acreedor pidió el cumplimiento, pero no obtuvo satisfacción en un plazo razonable: CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*,

Al igual que en el derecho actual, las Propuestas optan por un *ius variandi* limitado, ya que se contempla la posibilidad de su ejercicio tras ejercitar la pretensión de cumplimiento, pero no después de haber pedido la resolución o la reducción del precio (STS 18 de noviembre de 1983)<sup>107</sup>. Los comentarios al art. III.-3:102 DCFR, que tampoco permiten pedir la resolución tras el incumplimiento, mientras no se haya cumplido el plazo concedido al deudor, ni pedir el cumplimiento después de haber optado por la resolución, afirman que «La norma se ajusta al principio ampliamente aceptado de que cuando una parte ha hecho una declaración de intención que ha llevado a la otra parte a actuar basándose en tal declaración, no se permitirá a la parte que la hizo actuar de forma incompatible con ella. Esto se desprende del principio general de ejercer los derechos y remedios de acuerdo con la buena fe y lealtad negocial».

## 7. Conclusiones

Las dos Propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación acogen la noción de incumplimiento plasmada en la CSGI, los Principios UNIDROIT y los textos de derecho europeo. La redacción propuesta por la PMCC 2023 amplía aún más si cabe el ámbito de aplicación de dicha noción, al incluir en el incumplimiento contractual la falta de la necesaria colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación. Sería no obstante deseable precisar el papel que juega la satisfacción del interés del acreedor en dicho concepto, ya que no queda claro si estamos ante una condición suplementaria a la no ejecución de la prestación debida o, como indica el tenor literal del art. 1171 PMCC 2023, ante una consecuencia derivada de ésta.

La facultad del acreedor de elegir entre los distintos remedios a su disposición, siempre que se cumplan las condiciones para ello, responde a la solución adoptada por los textos de derecho europeo, así como a la relevancia que adquiere el elemento de la satisfacción del interés del acreedor en las Propuestas. En ocasiones, este interés se ve mejor satisfecho reclamando el equivalente pecuniario de la prestación incumplida, acudiendo al mercado y obteniendo la prestación incumplida por otras vías (operación de reemplazo) o resolviendo el contrato y compensando los daños causados por el incumplimiento, que a través de la pretensión de cumplimiento en forma específica. Las Propuestas se acercan así al modelo del *common law*, donde la indemnización es el remedio por excelencia, aunque sin que el cumplimiento en forma específica llegue a perder su protagonismo. Por una parte, porque el acreedor es libre de recurrir a él, con las limitadas excepciones previstas en las Propuestas, y por otra parte porque, para

4ª ed., Aranzadi, 2024, pp. 1390-1391. En este sentido se pronuncia la STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635): «(...) esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que ya no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual (“frangenti fides, fides non est servanda”) y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado (art. 1091 del C. Civ.)».

<sup>107</sup> STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635): «(...) el hecho de instar el cumplimiento -supuesto su auténtico ejercicio- no veda después pedir la resolución (“ius variandi”), posibilidad que en la interpretación más razonable del art. 1124 del C. Civ., en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento (y aquí sí rige el aforismo “una vía electa non datur recursus ad alteram”), pues ambas partes, de hecho, admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver, por el contrario si es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resultare imposible». Otra cosa es que, ejercitada judicialmente la pretensión de resolución y desestimada ésta, se pueda ejercitar después la pretensión de cumplimiento (STS 431/2000, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3423). Entre la doctrina: DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil*, 6ª ed., Civitas, 2008, p. 808 y 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*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, p. 1695.

recurrir a otros remedios -como la resolución o la indemnización de daños- deben darse condiciones específicas (imputación del daño, incumplimiento esencial, otorgamiento de plazo razonable para cumplir, ejercicio razonable de la sustitución, etc...) que no exige la pretensión de cumplimiento.

Los presupuestos necesarios para acudir al cumplimiento por equivalente, cuando el cumplimiento tardío es aún de utilidad al acreedor, no son del todo claros. No obstante, del conjunto del sistema se puede deducir que no cabe recurrir a la indemnización plena sin haber reclamado previamente el cumplimiento al deudor. Y la necesidad de encontrar un equilibrio entre los intereses de ambas partes así lo exige ya que, de lo contrario, el remedio resarcitorio podría ocasionar un coste excesivo al deudor, que se preparó para el cumplimiento y no para una condena pecuniaria.

La PMCC 2023 ha cubierto una laguna de la PMCC 2009 al regular la operación de reemplazo y fijar los criterios para que el acreedor pueda optar a la misma. Su regulación dota de mayor seguridad al acreedor que, no solo cuenta con una forma rápida de satisfacer su interés, sino que conoce los términos en los que se espera que cumpla con su obligación de mitigar el daño derivado del incumplimiento de una prestación fungible. A pesar de no exigirse la previa resolución del contrato, la regulación propuesta garantiza la protección del deudor, que conserva el derecho a subsanar el cumplimiento durante un plazo razonable. No obstante, su articulación como remedio resarcitorio debería fundamentarse con mayor claridad ya que de la misma derivan aspectos prácticos relevantes, como la imputabilidad y la prueba del daño. Y la profusa referencia a lo «razonable» - tanto en ésta como en otras ocasiones- otorga un amplio margen de libertad al órgano judicial, en caso de discrepancia del deudor, en la concreción ex post de los términos en que cabía recurrir al reemplazo.

La pretensión de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias viene atemperada por sus límites (prestación imposible y cumplimiento no razonable por onerosidad excesiva) y por el deber de mitigar el daño, ya que la elección de un remedio no razonable repercutirá en el montante de la indemnización. Entre los límites, auguramos que el del cumplimiento no razonable será el que suscitará mayor litigiosidad. Parece que hay que entender que el cumplimiento no es razonable cuando resulta excesivamente oneroso o costoso para el deudor, en relación con la utilidad que proporciona al acreedor, y entendemos que, para determinar dicha utilidad, deberá tenerse en cuenta, entre otros factores, la posibilidad del acreedor de satisfacerse recurriendo a otros remedios.

El cumplimiento en forma específica, a la vez que pierde protagonismo frente a otros remedios (ante la horizontalidad de los remedios, la existencia de límites al cumplimiento, la regulación de la operación de reemplazo, la inexistencia de un derecho general a subsanar el incumplimiento o el mismo reconocimiento del interés contractual positivo en la indemnización de daños por resolución del contrato), nutre su contenido con las figuras de la reparación y la sustitución de la prestación disconforme. Aunque estas modalidades de cumplimiento nos son familiares gracias a la ratificación de la CSGI y la transposición de las directivas europeas en materia de consumo, la regulación de ambas Propuestas, por escueta, deja interrogantes sin resolver.

## 8. Bibliografía

ADAME-MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Specific performance as the preferred remedy in comparative law and CISG*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil II-1*, Bosch, 1989.

ALCALDE SILVA, JAIME, *Incumplimiento y reemplazo. Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en el derecho español*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013. Disponible en [https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento\\_y\\_reemplazo\\_bases\\_para\\_una\\_teor%C3%ADa\\_general\\_de\\_la\\_operaci%C3%B3n\\_de\\_reemplazo\\_en\\_derecho\\_espa%C3%B1ol](https://www.academia.edu/84395194/Incumplimiento_y_reemplazo_bases_para_una_teor%C3%ADa_general_de_la_operaci%C3%B3n_de_reemplazo_en_derecho_espa%C3%B1ol)

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA, «Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual» en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord), *Cuadernos de análisis jurídicos, vol. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, ed. Universidad Diego Portales, 2011.

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA/PIZARRO WILSON, CARLOS, «Fundamento, jerarquía y límites del cumplimiento específico. ¿Una tensión entre dos modelos?» en *Revista de Derecho*, vol.31, núm.2, 2018, pp. 29-51.

BARRES BENLLOCH, PILAR/EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL/MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO (ed.), *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Partes I y II, Colegios Notariales de España, 2003.

BASOZABAL ARRUE, XABIER, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiationem* en el art. 1186 CC», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. IV, 2020, pp. 1501-1542. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/6324/6252>

BERMUDEZ REQUENA, JUAN MANUEL, «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», en *Diario La Ley*, n. 6967 (Sección doctrina), 13 jun. 2008, año 29, pp. 1-10.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Derecho de contratos*, 4ªed., Aranzadi, 2024.

CORMIER, MAXIME, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, tesis, Universidad Panthéon-Assas, 2022. Disponible en [6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5](https://theses.univ-paris1.fr/theses/document/6736ef04-4130-4003-a2b8-79d5badd88b5)

CRISTOBAL MONTES, ÁNGEL, «El *commodum representationis* del art. 1186 CC», en *ADC*, vol.40, núm 2., 1987, pp. 601-613. Disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5601/5601>

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, «Comentario del art.1106 CC», en *Comentario del Código Civil*, t.II, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 3-62.

DEL OLMO, PEDRO, «Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana» en MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (dir.) *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 853-892.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, II, 6ªed., Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, t.II, 9ªed, Tecnos, 2004.



FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. I, 2010, pp. 47-136.

FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1684.

FENOY PICÓN, NIEVES, «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de Modernización del Código Civil de 2009», en DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, 2011, pp. 27-46.

GARCÍA PÉREZ, ROSA MARÍA, «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011, pp. 330-368.

GENICON, THOMAS, «Contre l'introduction du «coût manifestement déraisonnable» comme exception à l'exécution forcée en nature», *Droit. et Patrimoine*, n° 240, 2014, pp. 63-66.

GÓMEZ CALLE, ESTHER, «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 29-102.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «El incumplimiento contractual en derecho español», *Indret*, 3/2007, pp. 1-49.

GONZALEZ CARRASCO, CARMEN, «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ-CANO, RODRIGO (dir.) *Tratado de Contratos*, 4ªed, Tirant lo blanch, 2024, pp. 1465-1520.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil, t.II. Derecho de obligaciones*, vol.1, 2ª. Ed., Dykinson, 2000.

LAITHIER, YVES-MARIE, «Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles», *La Semaine Juridique. Édition Générale*. Ejemplar dedicado a : Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Observations et propositions de modifications Supplément au n° 21, 25 mayo 2015, pp. 47-59.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del acreedor*, ed. Trivium, 1999.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, «La pretensión de cumplimiento y sus límites», en MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (dir.), *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, 2022, pp. 599-622.

MAINGUY, DANIEL, «L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, p. 60.

Malo Valenzuela, MIGUEL ÁNGEL, *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference*, Navarra, 2016.

MOMNERG URIBE, RODRIGO/VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, «El límite económico al cumplimiento del contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico», *Universitas*, núm. 137, 2018, pp. 1-23.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Ibañez, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *La modernización del derecho de obligaciones*, Aranzadi, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson-Reuters, 2010.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en GONZALEZ PACANOWSKA, ISABEL/ GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR, *Estudios sobre incumplimiento y resolución Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 3, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 23-46.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Indemnización en lugar de la prestación y desjudicialización de los remedios del incumplimiento del contrato», en ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN/COBACHO GÓMEZ, JOSE ANTONIO (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, t. III, Thomson Reuter, 2021, pp. 451-479.

MORÁN BOVIO (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2ªed., Thomson Aranzadi, 2003.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, 2005.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, «Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000», *Revista xuridica galega*, n.º 59, 2008, pp. 29-58. Disponible en <http://www.rexurga.es/pdf/COL258.pdf>.

PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Aranzadi, 2014.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, nº 3, 1991, pp. 1019-1091.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t.XLIV, fasc.IV, 1993, pp. 1719-1746.

Pardo Iranzo, VIRGINIA, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant lo Blanch, 2001.

PEEL, EDWIN, *Treitel on the Law of Contract*, 15 ed., Sweet & Maxwell, 2015.

PÉREZ VELAZQUEZ, JUAN PABLO, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, 2016

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fasc. III, 2002, pp. 1115-1132.

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

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?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.

SÁNCHEZ CASTRO, JUAN DAVID, «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. IV, 2010, pp. 1725 a 1787.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO, «Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el common law. Perspectiva histórica y aproximación actual», *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, núm.1, 2016, pp. 7-37. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5598304.pdf>.

SEVERÍN FUSTER, GONZALO, «El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal», *Revista de Derecho privado*, n° 30, enero-junio, 2016, pp. 171-219.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Ensayos Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984.

TORRALBA SORIANO, ORENCIO VICENTE, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIV, fasc. IV, 1971, pp. 1143-1166.

TOURNAFOND, OLIVIER, «Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique», *Droit et Patrimoine*, n° 240, 2014, pp. 26-41.

TUR FAÚNDEZ, MARÍA NÉLIDA, «Los remedios ante el incumplimiento en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023», *Revista de Derecho privado*, n° 4, 2024, pp. 3-26.

VARGAS BRAND, INÉS NATALIA, *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (Influencia del modelo norteamericano)*, BOE, 2023. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2023-289)

VAQUER ALOY, ANTONI, «Incumplimiento del contrato y remedios», en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, *Derecho privado europeo*, 2003, pp. 525-554.

VERDERA SERVER, RAFAEL, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Real Colegio de España, 1995.

VERDERA SERVER, RAFAEL, «Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general», en GONZALEZ PACANOWSKA, ISABEL/GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, 2014, pp. 47-94.

VERDERA SERVER, RAFAEL, Conferencia «El incumplimiento y sus remedios», en Jornada: *Estudio sobre la Propuesta de Modernización del CC en de obligaciones y contratos de 2023*, Colegio Notarial

de Madrid, jueves 25 abril 2024. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=EAdz4LiALOQ>

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO R., «La noción de incumplimiento esencial en el código civil», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 32, 2009, pp. 221-258. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100006&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100006&script=sci_abstract)

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO R., «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*, nº 16, julio 2011, pp. 243-302. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722011000100007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000100007)

VON BAR, CHRISTIAN/CLIVE, ERIC/SCHULTE-NÖLKE, HANS (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008. Disponible en [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf)

XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepí, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2011.

## 9. Resoluciones judiciales

STC (Pleno) 194/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1991)

STS 149/1983, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1983:1635)  
 STS 445/1987, Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:1987:8493)  
 STS 480/1996, Civil, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:1996:3505)  
 STS 649/1998, Civil, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:1998:4434)  
 STS 1247/1998, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:8020)  
 STS 431/2000, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3423)  
 STS 667/2000, Civil, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2000:5480)  
 STS 383/2002, Civil, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2002:3107)  
 STS 410/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3201)  
 STS 949/2003, Civil, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6390)  
 STS 368/2005, Civil, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3273)  
 STS 601/2005, Civil, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4759)  
 STS 707/2005, Civil, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5579)  
 STS 704/2005, Civil, de 10 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6003)  
 STS 055/2006, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6595)  
 STS 720/2007, Civil, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4286)  
 STS 1092/2007, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6436)  
 STS 1275/2007, Civil, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7775)  
 STS 186/2010, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1137)  
 STS 221/2012, Civil, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2012:6120)  
 STS 601/2014, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4254)  
 STS 183/2016, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1210)  
 Auto TS, Civil, de 3 de octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10192A)  
 STS 243/2019, Civil, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1316)  
 Auto TS, Civil, de 23 de noviembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:16594A)

STS 162/2024, Civil, de 7 de febrero 2024 (ECLI: ES:TS:2024:474)

SAP de Barcelona, de 14 de julio 1994 (AC\1994\1467)

Auto AP de Palencia, de 25 de febrero 1999 (AC\1999\3533)

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 27 de marzo 2000 (ECLI:ES:APNA:2000:346)

SAP de Valencia, Sección 6ª, de 7 de junio 2003 (ECLI:ES:APV:2003:3707)

SAP de Madrid, Sección 10ª, de 16 de diciembre 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17528)

SAP de Madrid, Sección 14, de 21 de febrero 2022 (ECLI: ES:APM:2022:2614)

STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de octubre 2003 (ECLI:ES:TSJNA:2003:1335)