

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

**LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES
Y CONTRATOS DESDE LA PERSPECTIVA DE DERECHO
COMPARADO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL A
MODO DE MUESTRA**

YUNLI

Profesora de Derecho

Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho

Resumen

El incumplimiento del contrato es la primera causa de conflictos de intereses entre los contratantes y, por consiguiente, constituye una materia central en el Derecho de contratos. Por esta razón, su estudio comparado sirve como perfecta referencia para el objetivo de este estudio. Tras una breve aproximación al concepto de incumplimiento -a los que dedicaré el primer capítulo, me centraré- en el último capítulo del trabajo, en una descripción de los denominados remedios frente al incumplimiento contractual (en inglés, remedies), que pongan de relieve las semejanzas y diferencias existentes entre nuestros respectivos sistemas, así como las vías de aproximación cuando no existe coincidencia, ante la evidente necesidad de seguridad jurídica. Al respecto, conviene tener en cuenta que, aunque abundan los estudios de Derecho comparado que tienen por objeto conocer diferencias y semejanzas entre el Civil Law y el Common Law, existe una laguna en este ámbito del Derecho comparatístico relativa a los sistemas asiáticos¹. Por esta razón, he considerado importante introducirlos o presentarlos a través del presente trabajo de investigación, tomando la materia del incumplimiento contractual como muestra del influjo que la CISG está teniendo en la actualidad sobre los sistemas internos como factor armonizador y de modernización. Encontramos así en la CISG un instrumento que nos permite avanzar en la consecución de cuotas mayores de seguridad jurídica en el mercado internacional.

Palabras clave: *Derecho contractual, incumplimiento del contrato, remedios, derecho comparado.*

Abstract

The breach of contract is the primary cause of the conflict of interest between the parties to the contract, so it is a core issue of contract law. Therefore, the comparative law study perspective provides a perfect reference for the purpose of this investigation. After a brief discussion of the concept of non performance - which I will focus on in Chapter one - I will focus on the last chapter of my work the so-called remedies for non performance. The investigation will emphasize the similarities and differences between respective systems, as well as the approaches taken in the absence of common ground and the obvious need for legal protection. In this regard, it is worth noting that although many comparative law studies are aimed at understanding the differences and similarities between the civil law and the common law, there is a gap in this area of comparative law in the Asian system. Therefore, I think it is important to introduce these documents through the current research work, taking the theme of non performance as an example of CISG's current impact on internal systems and as a factor of coordination and modernization, we believe that CISG is a tool that enables us to achieve a greater degree of legal security quotas in the international market.

THE RIGHT TO PERSONAL RELATIONSHIPS GRANDPARENTS-GRANDCHILDREN IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT BETWEEN THE YEARS 2016 AND 2020

Keywords: *Contract Law; Breach of Contract; Contract Remedies; comparative law.*

SUMARIO: I. Una aproximación al concepto de incumplimiento contractual. II. Panorámica general de Derecho comparado: La influencia del Derecho anglosajón. III. Análisis de la clasificación de los tipos de incumplimiento contractual en los sistemas internos, desde una perspectiva comparada. 1. Francia. 2. Alemania. 3. España. 4. Latinoamérica. 5. China. A). Antes de la Ley de Contratos de China. B). Clasificación del incumplimiento en la Ley de Contratos de China de 1999. IV. El incumplimiento en el Derecho internacional uniforme y soft law. 1. La Convención de Viena (CISG). 2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. 3. El Moderno Derecho europeo de contratos. V. Conclusiones.

¹ ASAMI, E.: *Los sistemas del Derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral para optar al grado de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 31.

I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Para el Derecho español y el Derecho latinoamericano, y otros sistemas jurídicos continentales codificados, el concepto unitario y objetivo del incumplimiento contractual y los sistemas de remedios frente al incumplimiento contractual son nuevos y modernos, inspirados en el modelo del Derecho anglosajón de “breach of contract” y “system of remedies”. No obstante, este modelo ya se ha aplicado por la jurisprudencia española y es conocido y explicado por un sector minoritario aún de la doctrina latinoamericana. El rápido desarrollo del comercio internacional y su situación actual exige la adaptación, la armonización y la modernización del Derecho de contratos.

El Derecho español y latinoamericano emplea o conserva el sistema romano del saneamiento² (aún vigente en los textos de los respectivos Códigos Civiles), si bien paulatinamente se observan intentos de introducir el concepto unitario y objetivo del incumplimiento contractual y el sistema articulado de los remedios frente al incumplimiento contractual, esfuerzo que es mayor en el Derecho nacional español que en el de los países latinoamericanos, si bien en estos últimos comienza el debate doctrinal al respecto.

Al referirse al modo clásico de explicar el incumplimiento contractual, el profesor Morales Moreno indica que «este panorama ha cambiado con la CISG»³. En ella el incumplimiento es unitario y objetivo, «el vendedor está obligado a entregar una cosa conforme al contrato (exigencia de conformidad de la cosa), es decir con las cualidades que la misma debe tener (art. 35 CISG). Con carácter general, las cualidades de la cosa forman parte del deber de prestación, son contenido del derecho de crédito; (...) Si no cumple este deber de prestación, el comprador dispone de la pretensión de cumplimiento, dirigida a exigir la subsanación del incumplimiento por la reparación o sustitución de la cosa, y de la pretensión indemnizatoria, fundada en el incumplimiento y referida al interés positivo»⁴. También, como la profesora Esther Gómez Calle afirma, «hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación o una imposibilidad sobrevenida; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento)»⁵.

² MORALES MORENO, A. M.: “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, tomo LXV, fasc. I, p. 1. En este trabajo, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno comparó «tres sistemas diferentes de protección del comprador por la ausencia de cualidades en la cosa vendida: el sistema del “caveat emptor”, el del saneamiento por vicios redhibitorios y el del incumplimiento por falta de conformidad de la cosa vendida». En esa comparación el autor utiliza el concepto de «sistema de remedios» para establecer la diferencia esencial entre el sistema del saneamiento y el del incumplimiento”.

³ MORALES MORENO, A.M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p.7

⁴ MORALES MORENO, A.M.: *La modernización*, cit., p. 7.

⁵ GÓMEZ CALLE, E.: “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*, 2012, tomo LXV, fasc. I, p.37.

Como veremos a continuación y como vengo indicando, el concepto de incumplimiento varía de unos países a otros y, en particular, los tipos de incumplimiento o no cumplimiento de la obligación contractual, siendo éste un obstáculo -a mi juicio- para el mercado globalizado o internacional tan frecuente en nuestros días. Probablemente sea conveniente armonizar nuestros sistemas conforme al modelo más sencillo y eficaz, que puede ser el de la CISG, como veremos. En este capítulo me centraré en analizar el incumplimiento del contrato y sus remedios, en distintos países (entre ellos: China, España y algunos países de América Latina) así como en instrumentos normativos internacionales y de soft law, para concluir que, a la vista del actual movimiento modernizador, conviene estudiar las vías de convergencia en un mismo sistema de referencia.

II. PANORÁMICA GENERAL DE DERECHO COMPARADO: LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

En China, los manuales han definido el incumplimiento contractual del modo uniforme, el jurista Li Xintian lo define de la siguiente forma:

“违约行为即违约，又称违反合同的行为，是指合同当事人没有按照法律的规定或合同的约定履行合同义务的行为。”⁶.

Ofrezco la traducción al castellano: El incumplimiento contractual o conducta de incumplimiento contractual, se refiere a que alguna de las partes del contrato no ha cumplido los deberes del contrato conforme a la ley o a lo acordado en el contrato.

Esta definición se asemeja a las que pudiéramos encontrar en los manuales de Derecho civil español. Sin embargo, como trataré de explicar a continuación, tanto en China como en España y América Latina, se abre paso una concepción más anglosajona de incumplimiento contractual, como consecuencia básicamente de la influencia de la CISG, pero también de los Principios UNIDROIT.

Como afirma el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, «el incumplimiento se entiende como un hecho amplio y objetivo cuyo efecto inmediato es la insatisfacción del interés del acreedor, al punto que se sostiene –a partir del concepto realista de contrato (...)– que para comprender los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato éstos deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del mencionado interés»⁷. Este concepto amplio del incumplimiento es avanzado para la doctrina chilena, como se verá, y se corresponde con el concepto anglosajón de obligación como deber de satisfacción del interés del acreedor⁸. Este concepto anglosajón de incumplimiento contractual es más amplio y se caracteriza por definir la obligación desde la óptica de la satisfacción del interés del acreedor y no sólo desde la óptica del deber de prestación del deudor. Más adelante volveremos sobre él, pero veamos en primer lugar el estado actual del concepto de incumplimiento en los diversos países, para tomarlo como punto de partida.

⁶ LI X.: *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan, 2005. En este sentido, también véase en: Xie Guocheng, *La responsabilidad de la indemnización por el daño del incumplimiento contractual y su aplicación*, véase en: www.lawtime.cn.

⁷ VIDAL OLIVARES, A.: “La noción de ‘incumplimiento esencial’ en el Código Civil”, en AA.VV.: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (coord. por C. PIZARRO WILSON y A. VIDAL OLIVARES), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 498.

⁸ MORALES MORENO, A.M.: “Evolución del concepto de obligaciones en Derecho español”, en AA.VV.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

Para comprobar la evolución a la que hago referencia, veamos unas breves pinceladas del concepto de incumplimiento en Inglaterra, China y España. Como veremos, el concepto amplio de incumplimiento tiene su origen en el Derecho anglosajón y ejerce una positiva influencia en el Derecho europeo continental y en los países herederos del mismo.

En relación con el incumplimiento contractual en Derecho inglés (en inglés: *breach*, *breach of contract*), Ángel Carrasco explica que en Inglaterra «el término incumplimiento es puramente negativo y objetivo. Describe toda forma posible en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, mediante la no realización de la prestación debida o la realización en un modo distinto del debido, provocando insatisfacción del interés contractual del acreedor. No importa si existe o no existe causa de justificación, culpa, dolo o caso fortuito»⁹. Este concepto no es absolutamente incompatible con el concepto de incumplimiento que pueda manejarse en Derecho español, pero sí supone un modo radicalmente nuevo de explicarlo, sintetizándolo, si se adopta por los autores españoles, como de hecho ha comenzado a suceder (en este sentido, Pantaleón Prieto¹⁰, Díez-Picazo Giménez¹¹, Morales Moreno¹², Gómez Pomar¹³, Gómez Calle¹⁴, etc.). En China, por otra parte, el concepto anglosajón ha encontrado ya asiento en la nueva Ley de Contratos de 1999, pese a que China partía de un concepto de incumplimiento que, como heredero del Derecho continental europeo, se definía inicialmente como no prestación.

Véamos a continuación, en detalle, estos aspectos.

La definición del incumplimiento del contrato no es uniforme si contrastamos los sistemas anglosajones (el “*breach*”¹⁵ o “*breach of contract*”¹⁶), español y latinoamericano (el “incumplimiento del contrato”) y chino (en China hay varias nociones que corresponden al “*breach*” o “*breach of contract*” del common law, entre las cuales existen ciertas diferencias debidas a su distinta traducción).

Veamos cómo los juristas chinos explican las diferencias entre el concepto de incumplimiento en el Common Law y en el Civil Law y comprobemos así cómo la doctrina china ha estado pendiente de los mismos aspectos tras los que la doctrina europea se debate y que constituyen por tanto un objeto común de estudio e interés: En definitiva,

⁹ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 863.

¹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991 y “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

¹¹ Díez-PICAZO GÍMEZ, G.: *La mora del deudor*, tesis doctoral, dirigida por Luis Díez-Picazo, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 383- 420.

¹² MORALES MORENO, A.M.: *La modernización*, cit. p.7.

¹³ GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 3º.

¹⁴ GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios”, cit., pp. 31-102.

¹⁵ *Breach*: n/v: CIVIL/PROC infracción, contravención, quebrantamiento, vulneración, violación, incumplimiento; vicio de forma; incumplir, contravenir, violar, vulnerar; los términos *breach*, *violation*, *infringement* y *transgression* tienen en común «el quebrantamiento de una norma, la violación de un derecho, el incumplimiento de un deber o la alteración de una situación social deseada o normal»; *breach* es el más general; *violation* connota que ha habido intención; *infringement* normalmente se aplica a normas reglamentarias; *transgression* sugiere que se han excedido los límites morales, sociales, o religiosos más que jurídicos (ALCARAZ VARÓ, E., HUGHES B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p. 85).

¹⁶ *Breach of contract*: MERC/CIVIL incumplimiento/violación/ contravención/ ruptura de contrato (ALCARAZ VARÓ, E., HUGHES B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p. 85; ALCARAZ VARÓ, E., HUGHES B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2007, 10ª edición, p. 97).

los juristas chinos sostienen que el Common Law toma el contrato como criterio para definir el incumplimiento mientras que el Civil Law toma la prestación como criterio para definir el incumplimiento (si se ha realizado el objeto de la obligación o no; en caso de no prestación hay incumplimiento)¹⁷.

Como sostienen Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, en el Derecho anglosajón, la idea de incumplimiento es unitaria¹⁸. Debido a que en el Derecho anglosajón, «la construcción del contrato propia (...) no se basa en la idea de deber o de obligación, sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor»¹⁹, el Derecho anglosajón «permite una construcción unitaria de la responsabilidad contractual, en torno a la noción de incumplimiento del contrato (breach of contract), noción en la que se incluyen todas las manifestaciones de falta de realización o ejecución de los términos del contrato. Ahí se incluye la no realización de la prestación, el cumplimiento defectuoso, el retraso en el cumplimiento, es decir, cualquier situación en la que el contrato no se ha cumplido o realizado en los términos previstos en él»²⁰, salvo supuestos de exoneración de responsabilidad²¹.

En relación con el Derecho chino, generalmente podemos decir que la noción del incumplimiento del contrato en el régimen contractual chino corresponde a traducciones del “incumplimiento contractual” tanto del Derecho civil continental como del “breach”, o “breach of contract” del Derecho anglosajón. Sin embargo, como hemos visto, desde el punto de vista lingüístico o terminológico, hay muchas diferencias entre la definición del incumplimiento contractual en el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón (Common Law). Para aproximarnos al Derecho chino haré por tanto una breve aproximación previa a los conceptos que llegan a China, por el interés que –en Derecho comparado- tiene el buen uso y comprensión de la terminología.

Como el Derecho chino se heredó del Derecho civil continental, y también ha recibido muchas influencias del Derecho anglosajón, de acuerdo con las diferentes denominaciones del incumplimiento del contrato en el Derecho civil continental y el Derecho anglosajón, hay varias formas para denominar la noción del incumplimiento del contrato en el régimen contractual chino: 违约 (wei yue), 不给付 (bu ji fu) y 债务不

¹⁷ Li X.: *Comparative Studies*, cit.

¹⁸ Díez-PICAZO, L. /ROCA TRIAS, E. /MORALES MORENO, A.M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 319 - 320.

¹⁹ Díez-PICAZO, L. /ROCA TRIAS, E. /MORALES MORENO, A.M.: *Los principios*, cit., p. 319.

²⁰ Díez-PICAZO, L. /ROCA TRIAS, E. /MORALES MORENO, A.M.: *Los principios*, cit., p. 319.

²¹ Estos autores también sostienen que, «en el Derecho inglés no existe *breach of contract* si existe una causa de exoneración del incumplimiento, como por ejemplo la *frustration*», lo que supone una diferencia con el concepto del incumplimiento de los PECL. Los autores sostienen que «En los PECL hay incumplimiento incluso en los casos en que exista una causa de exoneración de las previstas en el art. 8.108, pues las causas de exoneración no excluyen el uso de todos los remedios del incumplimiento, sino sólo el de algunos de ellos (Comment, p125)», lo cual vamos a tratar más tarde. Díez-PICAZO, L. /ROCA TRIAS, E. /MORALES MORENO, A.M.: *Los principios*, cit., p. 322.

履行 (zhai wu bu lv xing)²², entre las cuales, actualmente 违约 (wei yue) es la forma más usada y aceptada, así explica el jurista chino Ge Yunsong²³.

El jurista chino Ge Yunsong sigue explicando que, de estas tres formas de denominar al incumplimiento contractual, la primera es la traducción del breach of contract del Derecho anglosajón, mientras que las dos últimas denominaciones se corresponden con la traducción del concepto de incumplimiento propio del Derecho civil continental²⁴.

A continuación las vamos a analizar con más detalle:

1) 违约 (wei yue)

违 (wei) significa ir contra o no cumplir en chino,

违 (wei): (不遵守) desobedecer; violar; infringir; transgredir;

违令: desobedecer una orden;

违约: violar un pacto (tratado, acuerdo)²⁵.

2) 不给付 (bu ji fu)

不 (bu): no²⁶.

给 (ji): dar, ofrecer²⁷.

proveer; aprovisionar²⁸.

付 (fu): realizar cierta acción²⁹.

entregar; dar; poner en práctica; llevar a efecto³⁰.

3) 债务不履行 (zhai wu bu lv xing): inexecución de las obligaciones

债务 (zhai wu): deuda; pasivo³¹.

²² 违约 (wei yue) se refiere a la traducción del “breach of contract” del *Common Law*, mientras que 债务不履行 (zhai wu bu lv xing) es la traducción del “incumplimiento de obligaciones” del Derecho civil continental.

²³ Ge Yunsong, *Estudios sobre el incumplimiento previsible*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

²⁴ Ge Yunsong, *Estudios sobre el incumplimiento previsible*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003.

²⁵ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 424.

²⁶ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 22.

²⁷ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, pp. 148 -149.

²⁸ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 235.

²⁹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, pp. 148-100.

³⁰ Sun Yizhen, *SISU (Shanghai International Studies University) Diccionario conciso chino-español*, Shanghai Foreign Language Education Press, Shanghai, 1992, p. 149.

³¹ Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 545. nota: hay diferencia entre

履行 (lv xing): cumplir; llevar a cabo; ejecutar³².

También en España es posible hablar actualmente de dos concepciones diversas del incumplimiento contractual: Una, anclada en el texto del Código civil y en el tradicional modo de explicarlo se basa, a falta de un concepto normativizado del incumplimiento contractual, en la idea de incumplimiento (en sentido estricto) como no prestación o no cumplimiento del deber de prestación, distinguiendo este supuesto de otras modalidades tales como el cumplimiento defectuoso (que se regiría por las reglas del saneamiento) o la mora; La otra, fijando su mirada en el moderno Derecho de la contratación, es capaz de aportar un concepto unívoco de incumplimiento contractual, que abarca todas esas formas de insatisfacción del interés del acreedor (tanto el no cumplimiento de la prestación, como el cumplimiento defectuoso o la mora,...).

Blasco Gascó explica que, «en general, (en España) se define el cumplimiento como la exacta ejecución del programa contractual tendente a la satisfacción y consecución de los intereses contractuales y a la liberación del deudor»³³. El autor sigue explicando que, «por el contrario, y también en general, la no coincidencia entre programa contractual y prestación ejecutada o entre conducta prestacional programada y conducta prestacional realizada (máxime si ésta no es desarrollada en absoluto o sobreviene imposible) constituye incumplimiento, ya definitivo, ya defectuoso, ya tardío o moroso»³⁴.

Gómez Pomar, por su parte, apunta un factor más del incumplimiento contractual en Derecho español. A su juicio, en el sistema jurídico español la noción de incumplimiento puede entenderse como la resultante de combinar dos elementos conceptualmente diversos: la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación -en amplio sentido- del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes contractuales³⁵. Para hablar de incumplimiento, por tanto, éste ha de ser imputable al deudor.

En 2009 se elevó al Ministro de Justicia español la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, presentada por la Comisión General de Codificación (PMCC). De aprobarse la PMCC, España gozaría de una definición clara del incumplimiento contractual. La jurista Esther Gómez Calle explica que, «el concepto de incumplimiento que maneja la PMCC se desprende de sus artículos 1153 y 1188.I: Según el primero, «[n]o se entenderá cumplida una obligación sino cuando se *hubiera* realizado enteramente la prestación en que consistía»; conforme al segundo, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». / De lo dicho resulta que hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación (art.1303 PCMM) o una imposibilidad sobrevenida. El incumplimiento tampoco

³² Mao Jinli, etc, *Diccionario moderno español-chino, chino-español*, Foreign language teaching and research press, Beijing, 1991, p. 217.

³³ Francisco de P. Blasco Gascó, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tlrant lo blanch, Valencia, 1991, p. 27.

³⁴ Francisco de P. Blasco Gascó, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tlrant lo blanch, Valencia, 1991, p. 27-28.

³⁵ Gómez Pomar, Fernando; «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (www. Indret.com), ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, Barcelona, Julio de 2007, p. 6.

presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento)»³⁶.

Podemos comparar esta definición con la aportada recientemente por el borrador de los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos (PLDC): En los PLDC, el primer artículo de la Sección 1 (Del incumplimiento en general), del Capítulo 2 (Incumplimiento de las obligaciones contractuales) de la Segunda Parte, se refiere al Concepto de incumplimiento³⁷ y dispone lo siguiente: «Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada. / El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. / El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación»³⁸.

Al comentar estos PLDC, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno explica que, «Incumplimiento es –según los PLDC- la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada»³⁹. Luego el profesor compara la definición del incumplimiento en los PLDC con la del cumplimiento imperfecto y cita el error en sus definiciones, diciendo de la siguiente manera: «Y, a su vez, “el cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor”. Estas definiciones del incumplimiento y del cumplimiento imperfecto parecen estar pensando, tan sólo, en un aspecto de la vinculación contractual: los deberes de prestación. Por ello creo que debería ser revisada. Más que de incumplimiento de obligaciones, convendría referirse al incumplimiento del contrato, entendido como la falta de ejecución (realización) del mismo»⁴⁰.

III. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS SISTEMAS INTERNOS, DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

En este apartado, analizaremos brevemente las diversas clasificaciones de los tipos de incumplimiento en los países que más han influido históricamente en los sistemas latinoamericano y chino de Derecho contractual, que son, respectivamente, Francia y Alemania. A la vez, presentaré algunas observaciones que ponen de manifiesto cómo han

³⁶ 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*, Tomo LXV, Fascículo I, Enero-marzo, 2012, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica) y Ministerio de la presidencia (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), Madrid, 2012, pp. 36-37.

³⁷ Morales Moreno, Antonio Manuel; «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

³⁸ Morales Moreno, Antonio Manuel; «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», ANEXO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS, *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

³⁹ Morales Moreno, Antonio Manuel; «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc.I, p. 237.

⁴⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel; «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc.I, p. 237.

sido estudiados estos sistemas por la doctrina china. Compararemos estos sistemas con el español y los latinoamericanos. Por último, me referiré al Derecho chino, lo que nos permitirá comprobar que, partiendo de un semejante origen (pues toma como referencia el Derecho continental europeo), China ha avanzado más que los restantes países citados (en el caso de Francia, España o Latinoamérica), o lo ha hecho antes que ellos (en el caso de Alemania). Quisiera con ello volver a comprobar la necesidad o conveniencia de manejar conceptos de Derecho Uniforme en la contratación internacional. Las tipologías del incumplimiento que encontramos en los manuales de Derecho civil continental no existen en Derecho anglosajón, porque ese sistema se caracteriza precisamente –como vimos- por manejar un concepto único o unívoco de incumplimiento contractual (como hacen la CISG y los Principios UNIDROIT).

1. Francia

Veamos, en primer lugar, el Derecho francés, por la influencia que tiene en el área mediterránea (entre otros países, en España) y latinoamericana. El Código Civil francés contempla el incumplimiento del contrato en el artículo 1147: «El deudor es condenado, si ha lugar, al pago del daño e interés, sea por causa de la inejecución de la obligación, sea por causa del retraso en la ejecución toda vez que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada a él, aunque no haya habido mala fe por su parte». Algunos juristas chinos opinan que, en este artículo podemos ver que el Derecho civil francés distingue dos tipos de incumplimiento de las obligaciones: la inejecución y el retraso, siendo –a su juicio- la prestación defectuosa una situación de la inejecución⁴¹. En este artículo se comprenden todos los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, esto es, aquellos casos en que una de las partes «ne satisfere point à son engagement»⁴². No obstante, considera como una forma especial de incumplimiento aquella del retraso en el cumplimiento de la obligación, o retard, que, en determinadas condiciones, hace que el deudor incurra en demeure. En cambio, no conoce el Code civil una categoría específica de imposibilidad sobrevenida de la prestación⁴³.

Por otra parte, el Code civil francés, reguló y mantiene, en sede del contrato de compraventa (siguiendo el modelo de la compraventa romana), la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa (artículo 1625), sean jurídicos (evicción, artículos 1626 y siguientes) o materiales (artículos 1641 y siguientes), para lo cual el comprador dispone de un breve plazo de reclamación. Por tratarse de una norma especial, el régimen jurídico de la compraventa escapa así del régimen jurídico general del incumplimiento del contrato, que dispone de plazos más amplios para exigir responsabilidad. Esta es una diferencia esencial con el Derecho anglosajón plasmado en la CISG (como es sabido, la CISG permite al comprador acudir a los remedios generales del incumplimiento contractual, y prescinde del régimen del saneamiento romano).

Pese a que Francia ha ratificado en 1998 la CISG como Tratado aplicable a la compraventa internacional, no por ello ha adaptado su Derecho interno a los principios que se contienen en ella, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países como

⁴¹ Hui Congbing, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Law press china, Beijing, 2013, p. 73.

⁴² María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Annuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 493.

⁴³ María Teresa González-Palenzuela Gallego, «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Annuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 493.

Alemania, China o Turquía⁴⁴. El Código civil francés no ha experimentado una reforma en profundidad de su Derecho de las obligaciones, si bien se han presentado en los últimos años varias propuestas de reforma del mismo⁴⁵, como sucede en España, según vimos. Téngase en cuenta que España tomó como referencia el modelo francés (véanse, por ejemplo, los artículos 1484 y siguientes del Código civil español) y los países latinoamericanos reproducen también el mismo modelo (véase, por ejemplo, los artículos 1503 y siguientes del Código civil peruano), por lo que es característica común la regulación del incumplimiento de modo salpicado en la parte general del Derecho de obligaciones, a la vez que la regulación del saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa, heredera del Derecho romano en última instancia.

La doctrina francesa, apegada al prestigio del Code parece reacia a una modernización del mismo en la línea de una adaptación a los nuevos principios del Derecho internacional y uniforme, si bien a juicio de Bénédicte Fauvarque-Cosson, parece que las generaciones más jóvenes de juristas franceses traen nuevos aires en este sentido.

2. Alemania

Distinto del caso francés es el caso de Alemania, como veremos a continuación.

En relación con el Derecho alemán, algunos juristas chinos opinan que el Código Civil alemán (BGB 1900) distingue dos tipos de incumplimiento del contrato: la imposibilidad sobrevenida y el retraso⁴⁶. La jurista española María Teresa González-Palenzuela Gallego opina que en el Derecho alemán, se distinguen dentro de la inexecución de la prestación, la imposibilidad sobrevenida, el retraso y las infracciones positivas del contrato⁴⁷; Con ello, la autora hace referencia a una tercera forma, no citada por el anterior jurista chino:

⁴⁴ Al Derecho alemán, como al chino, haré referencia en este apartado. En cuanto al Derecho turco, cabe decir que el nuevo Código turco de obligaciones (núm. 6098, Türk Borçlar Kanunu), publicado el 4 de febrero de 2011, entró en vigor el 1 de julio de 2012, siendo un texto específico de Derecho de obligaciones. El nuevo Código afronta los retos del mundo contemporáneo. Contiene 649 artículos y 22 capítulos, y adopta un lenguaje sencillo, a la vez que mantiene la estructura general y el diseño sistemático del anterior Código de obligaciones (núm. 818), que seguía el modelo del Código suizo de las obligaciones. Las principales novedades y cambios del nuevo Código son, entre otros, los siguientes: Términos contractuales standarizados (arts. 20-25); responsabilidad objetiva (art. 71); imposibilidad parcial de cumplimiento y fuerza mayor (art. 137); contratos de tracto sucesivo (art. 126); 61-469); etc. Hay cambios sustanciales en relación con la compraventa, el arrendamiento, el contrato de trabajo y las garantías. La reforma recibe influencia tanto de los Principios UNIDROIT como de la CISG. Para un estudio comparado del Código de obligaciones turco y los principios UNIDROIT, véase: Acar, H.; *The new draft for the Turkish Code of obligations: The comparative study with the UNIDROIT Principles of International commercial contracts* (http://journal.qu.edu.az/article_pdf/1006_60.pdf). Para una perspectiva comparada con la CISG, véase: http://www.akellawfirm.com/yayinlar/FORMATION_OF_THE_CONTRACT_ACCORDING_TO_CISG_AND_TURKISH_LAW_COMPARED.pdf

⁴⁵ Cabanillas Sánchez, A.; «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007-II, pp. 621- 848. El autor comenta uno de los proyectos de reforma, al que luego han sucedido varios más, si bien ninguno de ellos ha llegado a plasmarse hasta el momento en el texto legal.

⁴⁶ Hui Congbing, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Law press china, Beijing, 2013, p. 73.

⁴⁷ González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504.

las infracciones positivas del contrato. Al respecto, la doctrina china explica que el Derecho alemán distinguió inicialmente dos formas de incumplimiento (imposibilidad y retraso) y que muy pronto, el jurista alemán Hermann Staub introdujo en 1902 la tercera categoría de las infracciones positivas del contrato, desarrollada después por la jurisprudencia alemana⁴⁸.

En sede de compraventa, se encontraba tradicionalmente regulado el saneamiento por vicios ocultos, que dotaba a supuestos de cumplimiento defectuoso un peculiar régimen jurídico que, por ser especial, podía anteponerse a los remedios generales (siendo la diferencia de plazos para exigir responsabilidad en el régimen particular de la compraventa y en el del incumplimiento de la obligación muy notable)⁴⁹. Sin embargo, tras la reforma del BGB de 2002, se introducen modificaciones importantes en relación con el régimen jurídico del cumplimiento defectuoso: “la entrega de un bien con defectos de calidad puede ser considerada un caso más de incumplimiento, al que, sin más, le pueden ser aplicadas las normas reguladoras de este último”⁵⁰. De este modo, en Alemania, se supera la clásica doctrina romana del saneamiento por vicios o defectos ocultos (propio del contrato de compraventa romana), conduciendo hacia la noción general del incumplimiento del contrato este tipo de supuestos en la medida de lo posible.

Como ha explicado Zimmermann, una de las características de la reforma del BGB consiste precisamente en “el intento de integrar la responsabilidad por vicios ocultos, en la medida de lo posible, en el régimen general de la infracción del contrato”⁵¹. La reforma, sigue diciendo el autor, “se ha inspirado en los principios del Convenio de Viena”, por lo que cabe preguntarse si realmente obedece a una adaptación al Derecho europeo (impuesto por la Directiva de 25 de mayo de 1999, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo) o más bien se trata de una adaptación “al Derecho internacional, cuyo principal exponente es el Convenio de Viena”⁵². El autor explica el significado de este

⁴⁸ baike.baidu.com/view/1002249.htm. En este sentido, también véase en: Ge Yunsong, *Estudios sobre el incumplimiento previsible*, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho, Beijing, enero de 2003, p.92-93. baike.baidu.com/view/1002249.htm.

⁴⁹ Véase en: González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 498: “El sistema alemán de responsabilidad contractual presentaba un elemento característico y distintivo que era considerado como uno de los rasgos más desafortunados del Derecho de obligaciones alemán: la falta de un concepto unitario de incumplimiento (*Nichterfüllung*) o, como se prefiere decir, de infracción del contrato (*Vertragsverletzung*), expresión ésta que abarcaba el no cumplimiento y otros supuestos como el cumplimiento defectuoso o tardío. En cambio el Código Civil alemán tiene una regulación muy detallada de los casos singulares en que el no cumplimiento del contrato consiste en que al deudor le resulta imposible la prestación (*Unmöglichwerden*), regulados en los §§ 275-283 y 323-325 BGB; y también contempla especialmente el supuesto en que, por algún motivo, el deudor no cumple en el tiempo debido, es decir, la mora del deudor (*Verzug*), prevista en §§ 284-289 y 326. En ambos casos, se considera que se ha presentado un obstáculo o un impedimento al cumplimiento (*Leistungsstörung*)”. (El texto anterior coincide básicamente con el original de la autora citada).

⁵⁰ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 107.

⁵¹ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 109.

⁵² Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 109.

cambio de planteamiento: “para el vendedor nace la obligación de entregar un objeto libre de vicios. Antes de la reforma, se alegaba que el vendedor de una cosa concreta y determinada sólo debía ese objeto y no otro. Si resultaba defectuoso, no se estaba ante un incumplimiento. Más bien lo que sucedía es que si el vendedor respondía era como consecuencia de una garantía legal adicional (...). El fundamento teórico de la responsabilidad por vicios es que el vendedor no sólo está obligado a entregar el bien y transmitir la propiedad al adquirente, sino que, además, debe entregárselo libre de vicios, tanto materiales como en el título”⁵³.

3. España

En relación con España puede decirse que se halla a mitad de camino entre la posición francesa de resistencia al cambio y la posición alemana de implementación de los nuevos principios del Derecho contractual uniforme e internacional. Aunque no se ha llevado a cabo una reforma del Código civil español, existe –como vengo afirmando– una Propuesta de reforma de 1999 (PMCC), a la que pueden añadirse al menos dos iniciativas más (lideradas por el grupo ACTUALIZA y por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, respectivamente). Lo más notable, sin embargo, desde el punto de vista práctico, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es sensible a los principios de la CISG desde hace muchos años⁵⁴ y que la doctrina española avanza en esa misma dirección.

Así, por ejemplo, al estudiar la doctrina española, el jurista chileno Álvaro Vidal explicaba lo siguiente, haciéndose eco de la doctrina más pionera (que busca interpretar el Código civil conforme a los principios de la CISG) y apartándose de lo dispuesto en el Código civil (artículo 1101): «El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor), y la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Fernando Pantaleón Prieto define el incumplimiento de la obligación como desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso. Por su parte, Antonio Morales Moreno considera más útil manejar el concepto de insatisfacción de interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio»⁵⁵.

En el proceso de la modernización española del Derecho de obligaciones, el nuevo sistema español de responsabilidad contractual se puede caracterizar por unos rasgos, entre los cuales está la unificación de los diversos supuestos de incumplimiento bajo un concepto unívoco de incumplimiento contractual. El profesor Antonio Manuel Morales Moreno ha definido el incumplimiento contractual como «cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo»⁵⁶.

⁵³ Zimmermann, R.; *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (2005), traducido al castellano por Esther Arroyo i Amayuelas, 2008, Bosch, p. 111.

⁵⁴ Por ejemplo, puede verse al respecto la tesis doctoral: Fenoy Picón, N.; *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, prólogo de Morales Moreno, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, 1996.

⁵⁵ Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, pp. 176-177.

⁵⁶ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

De acuerdo con el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, aparte de la unificación del supuesto de incumplimiento contractual, el nuevo sistema de responsabilidad contractual también se caracteriza por los siguientes rasgos: «el sistema articulado de remedios; la culpabilidad del deudor no es un requisito del incumplimiento; la inserción de la doctrina del riesgo en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual y la modificación de la función de la pretensión de cumplimiento»⁵⁷. Este modelo, que es el que recoge la PMCC, constituye una excelente referencia para los sistemas latinoamericanos, como veremos a continuación, y sería bueno que la Propuesta fuese aprobada para la reforma del propio Código Civil español, que aún no ha llegado.

4. Latinoamérica

En el Derecho de la mayoría de los países latinoamericanos, no existe una definición legal del incumplimiento, pues son herederos del Derecho francés y español o del tradicional Derecho civil continental europeo. Esta misma dificultad por alcanzar un concepto unívoco de incumplimiento la encontramos en China, por cuanto también distingue –a su vez– modalidades de incumplimiento, como veremos a continuación, pues China recibió también la influencia del Derecho civil continental, como antes expliqué.

En relación con el Derecho latinoamericano, un buen trabajo de Derecho comparado lo constituye, en este sentido, la obra *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, coordinada por Carlos Pizarro, en la que se suceden preguntas sobre el Derecho contractual dirigidas a estudiosos de los diversos países latinoamericanos que realizan un informe para responder a las mismas. Por esta razón, haré referencia al Derecho latinoamericano a través de los datos aportados por esta obra, como obra principal de referencia.

Por ejemplo, carecen de una definición legal del incumplimiento contractual tanto Argentina⁵⁸, Brasil⁵⁹, Colombia⁶⁰, Chile⁶¹, Paraguay⁶², como Venezuela⁶³, mientras que en el Derecho de Uruguay, existe una norma que define el incumplimiento contractual, el artículo 1342 del Código Civil, como «la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución. La doctrina y la jurisprudencia uruguayas consideran que “falta

⁵⁷ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2006, pp. 29-35.

⁵⁸ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 80.

⁵⁹ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 180.

⁶⁰ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268.

⁶¹ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 348. En este mismo sentido: Vidal, *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

⁶² «El Código Civil paraguayo no establece una definición expresa de “incumplimiento contractual”». Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 462.

⁶³ «El el Derecho de Venezuela, no se define exactamente el incumplimiento». Véase en: Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 619.

de cumplimiento de la obligación” refiere al incumplimiento definitivo y la “demora en la ejecución” al incumplimiento temporal. Dentro del incumplimiento definitivo se incluyen el incumplimiento parcial y el inexacto»⁶⁴.

Aunque en el Derecho de los seis países latinoamericanos arriba mencionados no existe una norma que define exactamente el incumplimiento contractual, los Códigos civiles de estos países latinoamericanos muestran una diversidad de definición de la aproximación a la noción del “incumplimiento contractual”. Así, por ejemplo, las siguientes:

- El Código Civil de Argentina «se refiere en diversos artículos -como sinónimos- al “incumplimiento” (por ejemplo, arts. 505 y 511), la “falta de cumplimiento” (por ejemplo, arts. 513 y 520), o la “inejecución” (por ejemplo, arts. 519 y 521), pero nunca proporciona una definición de ellos. En general, la doctrina señala que dado que el cumplimiento consiste en la realización del programa de prestación debido por el obligado, todo lo que se aparte de tal realización será, en principio, incumplimiento⁶⁵. Éste se define, entonces, por contraposición a lo que el obligado debía hacer para cumplir, pues consiste en “el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento, y en consecuencia, falta de ejecución, o ejecución inexacta de la prestación⁶⁶. Asimismo, existe una tendencia a adoptar una clasificación bipartita del incumplimiento, que lo divide en absoluto y relativo⁶⁷. A su vez, dentro de este último suelen distinguirse el retardo en el cumplimiento (mora), el cumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso»⁶⁸.

- En Colombia, «algunas normas del Código Civil dan luces para delimitar la noción, por ejemplo, el art. 1613 del Código Civil colombiano contempla que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”;

El art. 1614 del Código Civil colombiano –sigue explicando el informe- contempla que “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”;

El art. 1608 del Código Civil colombiano contempla que:

“El deudor está en mora:

1ª.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

⁶⁴ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 530.

⁶⁵ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 175, p. 80: «Jorge A. Mayo, “La imposibilidad de cumplimiento”, p. 44».

⁶⁶ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 176, p. 80: «Ramón D. Pizarro, Carlos G. Vallespinos, *Obligaciones*, p. 478».

⁶⁷ Citado por el autor del informe de Argentina de *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)* en la nota 177, p. 80: «Alterini (n.2), p. 591; Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones*, 1995, p. 165».

⁶⁸ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 80.

2ª.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3ª.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.»⁶⁹.

Aunque –como hemos visto– en el Derecho colombiano no se define expresamente la noción del incumplimiento contractual, la jurisprudencia lo construye por su parte y, así, expresa lo siguiente: «Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo»⁷⁰.

- El jurista chileno Álvaro Vidal expresa que, «en el Código Civil no existe una definición general de incumplimiento, ella se induce contrario sensu de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (art. 1.545 Código Civil) y del medio de extinción de las obligaciones de pago (art. 1.567 y concordantes). Desde el ángulo del pago de las obligaciones el esquema cambia si la prestación de lo debido (art. 1.567) se lee como la realización de lo suficiente, según la regla contractual, para la satisfacción del interés del acreedor. De este modo, la solutio del deudor (efecto liberatorio del pago) queda condicionada a la satisfactio del acreedor. Si el deudor no hace lo suficiente no hay solutio y ello justifica el tránsito desde efectos normales de las obligaciones a los efectos anormales cuyo presupuesto básico es el incumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones»⁷¹.

El autor sostiene que «(...) se induce que el incumplimiento consiste en la no realización de la prestación, sin interesar si ello ocurrió por culpa o dolo, o caso fortuito o de fuerza mayor»⁷². «El incumplimiento en su sentido más amplio se confunde con la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquiera desviación del programa o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes.»⁷³.

⁶⁹ Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268, cita 190.

⁷⁰ Citado por el autor: «Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de julio de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 6461, en www.cortesuprema.gov.co, visitada el 12 de enero de 2011», véase en: Pizarro Wilson, Carlos (coordinador); *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2012, p. 268, nota 191.

⁷¹ Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

⁷² Vidal Olivares, Álvaro; «La noción de *incumplimiento esencial* en el Código Civil», *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Pizarro Wilson, Carlos / Vidal Olivares, Álvaro), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 501. Artículo publicado también en la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII Valparaíso, Chile, (1er. Semestre de 2009), pp. 221-258.

⁷³ Vidal Olivares, Álvaro; *La protección del comprador, Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 177.

5. China

Considerando la evolución histórica y la situación actual, podemos distinguir las siguientes formas de clasificar los tipos del incumplimiento del contrato en el Derecho chino.

A). Antes de la Ley de Contratos de China

Antes de que la Ley de Contratos de China entrase en vigor en el año 1999, había cuatro leyes que funcionaban y jugaban el papel de la Ley de Contratos en China, las cuales son los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China (en inglés: GPCL), la Ley Económica de Contratación, la Ley Económica de Contratación Extranjera y la Ley de Contratos de Tecnología, entre las cuales el GPCL servía como la ley fundamental y las otras tres leyes servían en diferentes sectores particulares.

Estas cuatro leyes mencionadas han contemplado el incumplimiento del contrato, pero por la falta de uniformidad de las normas de sistematización del incumplimiento, han surgido problemas al respecto, como la superposición y solapamiento innecesarios de los conceptos, y el nombramiento del mismo concepto por varias clasificaciones y normas. Por ejemplo, el artículo 111 de los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China clasifica el incumplimiento en dos tipos: la no ejecución de las obligaciones del contrato y cumplimiento con falta de conformidad con el contrato ; el artículo 116 de los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China, el artículo 38 y el artículo 40 de la Ley Económica de Contratación de China contempla el cumplimiento incompleto, el retraso en el cumplimiento y el retraso del acreedor respectivamente; la Ley Económica de Contratación de China contempla el retraso en el cumplimiento, el cumplimiento parcial, el pago con retraso, etc.

En total, la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato en las cuatro leyes no era uniforme ni completa, lo cual dificulta que a las partes del contrato recurran a los remedios frente al incumplimiento, tampoco es propicio para los jueces en el ejercicio de la práctica judicial⁷⁴.

B). Clasificación del incumplimiento en la Ley de Contratos de China de 1999

Basada en la experiencia de las cuatro leyes anteriores, y con la introducción de las experiencias extranjeras sobre la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato, la Ley de Contratos de China de 1999 ha mejorado la clasificación del incumplimiento del contrato. Según ella, el incumplimiento del contrato se divide en dos tipos: el incumplimiento previsible y el incumplimiento real. El incumplimiento real se clasifica en tres tipos: la inexecución (la inexecución completa), cumplimiento pero falta de conformidad con el contrato y otras conductas que implican incumplimiento de las obligaciones del contrato. Estas últimas se refieren principalmente a acciones como el incumplimiento de las obligaciones legales de notificación, la asistencia y la confidencialidad y otras obligaciones legales⁷⁵.

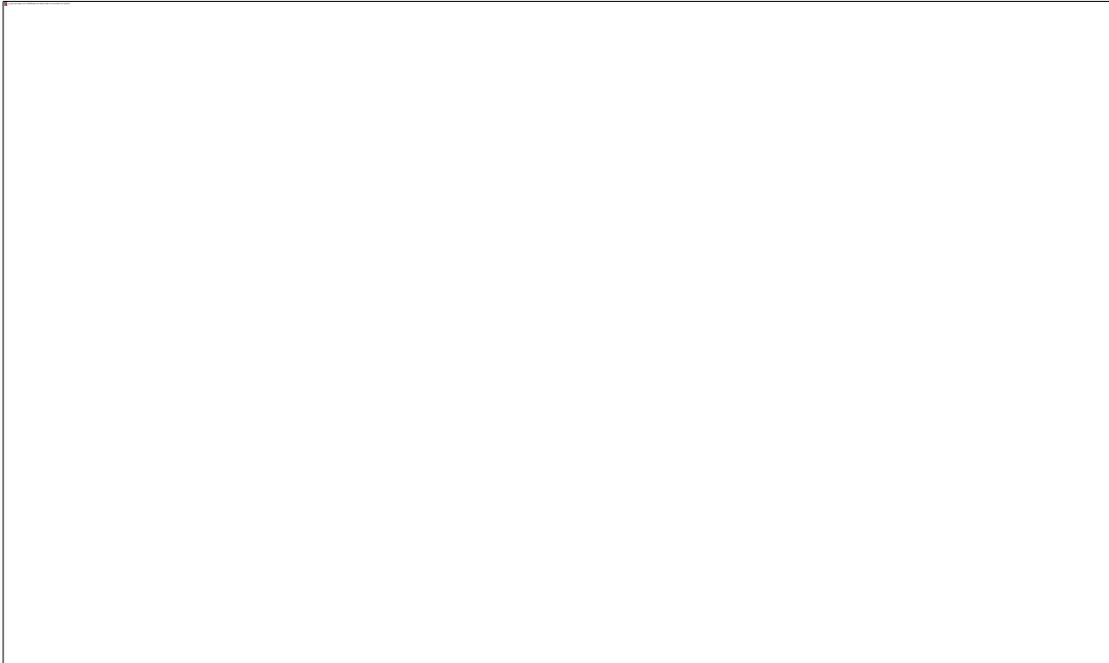
El cumplimiento con falta de conformidad con el contrato se clasifica en tres tipos: cumplimiento con retraso, cumplimiento con defecto de calidad y el cumplimiento

⁷⁴ Li Xintian, *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005, p. 19.

⁷⁵ Li Xintian, *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005, pp. 19-20. Ofrezco la traducción de algunos textos representativos de esta obra a castellano en la tesis.

incompleto (incluidos cumplimiento parcial, cumplimiento cuyo lugar o modo no está conforme al contrato)⁷⁶.

La clasificación arriba mencionada se puede visualizar por el esquema siguiente⁷⁷:

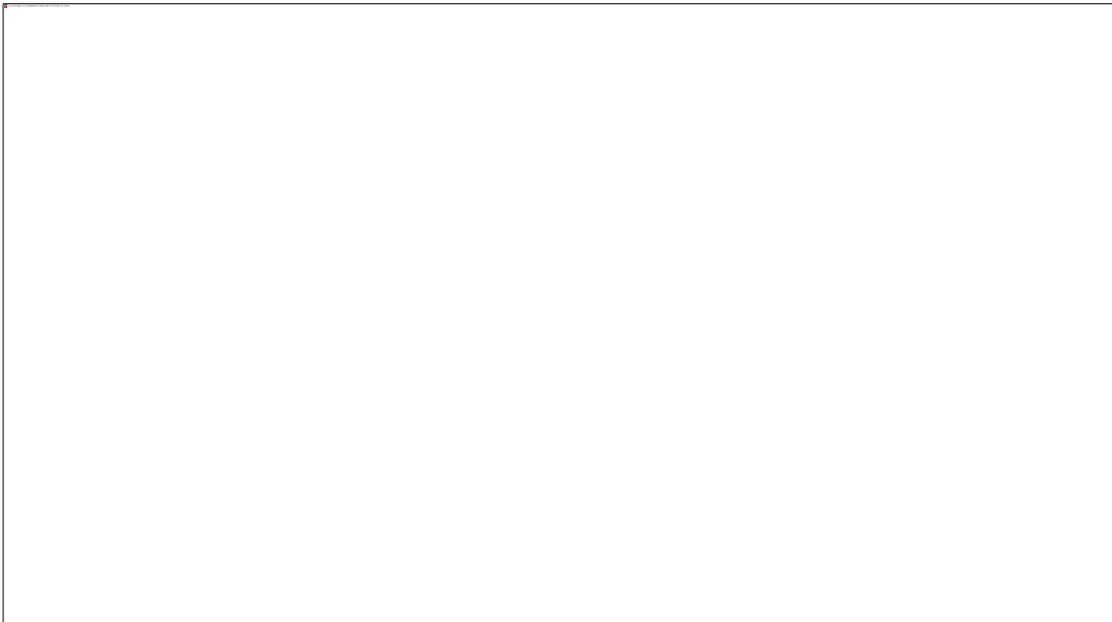


Hay dos formas más representativas de distinción y sistematización del incumplimiento del contrato en el ámbito académico de China, que vamos a visualizar en los esquemas siguientes⁷⁸:

⁷⁶ Li Xintian, *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005, p. 20. Ofrezco la traducción de algunos textos representativos de esta obra a castellano en la tesis.

⁷⁷ Li Xintian, *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005, p. 20.

⁷⁸ Li Xintian, *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005, p. 21. Ofrezco la traducción de estos dos esquemas en esta obra a castellano en la tesis.



IV. EL INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL UNIFORME Y SOFT LAW⁷⁹

⁷⁹ Para una panorámica general del Derecho Internacional uniforme y del *soft law*, así como de su influencia en el movimiento armonizador y, especialmente, en el Derecho Privado Europeo, puede verse: Arroyo i Amayuelas, E.; “Estudio Preliminar”, *Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, coordinado por Arroyo

Una vez vistas las divergencias a la hora de definir el incumplimiento en los diversos sistemas jurídicos, expondré a continuación las ventajas del sistema anglosajón y la influencia que –como consecuencia de ello- está ejerciendo en el ámbito jurídico dentro del contexto de armonización que impone el fenómeno de la globalización del mercado, a través de los textos internacionales y de Derecho uniforme de contratos (CISG y Principios UNIDROIT), que a su vez han influido también en el Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, CESL).

En el Derecho inglés y en los sistemas anglosajones encontramos un modelo que trata todas las formas de breach of contract, es decir, de incumplimiento del contrato, incluyendo la responsabilidad por cumplimiento defectuoso de la obligación bajo un concepto unívoco de incumplimiento⁸⁰. El Common Law inglés ni pone énfasis, ni procede a la distinción y sistematización de las diversas causas de las que puede derivar el incumplimiento del contrato⁸¹, como ocurría por ejemplo en el Derecho alemán, donde se distinguió tradicionalmente dentro de los impedimentos a la prestación la imposibilidad sobrevenida, el retraso y las infracciones positivas del contrato⁸², o como sucede en general en la familia de sistemas de Derecho civil continental, como hemos podido comprobar. Incluso algunos juristas anglosajones opinan que la distinción y sistematización del incumplimiento no tiene sentido. Por lo tanto, en el Common Law inglés, los tribunales anglosajones determinan los remedios que la parte perjudicada puede obtener según los casos concretos y particulares del incumplimiento del contrato, sin formular una teoría sobre la distinción y sistematización del incumplimiento del contrato⁸³.

Este tratamiento unitario del breach of contract se debe a una distinta concepción del contrato y de la obligación contractual en los ordenamientos del Common Law: el contrato es concebido como una promesa de garantía, más que como una promesa de un comportamiento determinado, y la obligación contractual es una garantía de un resultado determinado (warranty), más que un deber de realizar una conducta determinada⁸⁴.

i Amayuelas, E./ Shulze, R./ Zimmermann, R Marcial Pons, 2002, pp. 17-66. Como explica la autora, «la idea de un Derecho común, superador de la disgregación legislativa actualmente representada por los códigos nacionales del siglo XIX, es muy anterior a la propia existencia de la Unión Europea y, en su origen, se proyecta incluso más allá del continente. Se inicia a finales del siglo XIX», p. 24.

⁸⁰ González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504.

⁸¹ González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 504; Hui Congbing, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Law press china, Beijing, 2013, p. 73.

⁸² González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p.504.

⁸³ Hui Congbing, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Law press china, Beijing, 2013, p. 73.

⁸⁴ Citado por la autora González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999: «Es por eso que la responsabilidad contractual es concebida como una forma más de ejecución de la relación obligatoria, esto es, el pago de los daños y perjuicios era considerado como una ejecución por el

De este principio deriva el que si el resultado prometido no se ha realizado, esto es, si la garantía asumida por el deudor no se ha cumplido, entonces se ha producido un breach of contract, que literalmente significa una infracción o ruptura del contrato, es decir, un incumplimiento del contrato, y el deudor ha de responder por los daños y perjuicios causados a la otra parte. Pero, además, si la infracción del contrato es considerada esencial, entonces la parte perjudicada puede optar por resolver el contrato, que de esta manera queda extinguido (discharged), y exigir el resarcimiento de los daños⁸⁵.

Los conceptos de incumplimiento, de contrato y de obligación propios del Common Law fueron tomados como referencia en la CISG y en los Principios UNIDROIT, como veremos a continuación. Uno y otro textos, de Derecho internacional y soft law respectivamente, constituyen el resultado de elaborar un Derecho uniforme que está de hecho ejerciendo una influencia decisiva en el moderno Derecho de Obligaciones a todos los niveles, en la medida en que crece el número de países en que la doctrina y jurisprudencia toma los nuevos principios como referencia (por ejemplo, en caso de laguna legal, en la jurisprudencia española⁸⁶) e incluso el Derecho interno es modificado o modernizado en busca de una armonización jurídica con los nuevos principios, como se ha venido explicando anteriormente.

1. La Convención de Viena (CISG)

Como expresa el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en su libro “La Modernización del Derecho de Obligaciones”, la idea unitaria de incumplimiento aparece

equivalente que da lugar a la extinción del contrato; vid. Díez-Picazo Giménez, op. cit., pág. 282. En cambio, el cumplimiento *in natura, specific performance*, tiene un carácter excepcional en el Derecho inglés, siendo considerado un remedio de equidad. Vid. Zimmermann, op. cit., págs. 776 y ss.», véase en: González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 505.

⁸⁵ González-Palenzuela Gallego, María Teresa; «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, No. 17, 1999, p. 505.

⁸⁶ Perales Viscasillas, P.: La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho contractual europeo: De la mera referencia a la integración de lagunas, *La Ley*, n° 3, 2007, pp. 1750-1761.

También véase, entre otros: Perales Viscasillas, P.; *CISG & Arbitration, Spain Arbitration Review*, n° 10, 2011, pp. 63-84. La autora también ha destacado la importancia de estudiar mejor la CISG en caso de aplicarse por los Tribunales españoles: Schtlechtriem, P. /Perales Viscasillas, P.; «Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», STPI de Tudela (España) de 29 de marzo de 2005, *Derecho de los negocios*, n° 180, 2005, pp. 23-34.

La CISG influye a su vez en los Principios de Derecho Contractual Europeo, como se indicó en su momento, que a su vez influyen en la jurisprudencia española. Entre otros, véase: Vendrell Cervantes, C.; The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts, *ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, n° 3, 2008, pp. 534-548. También en este sentido: Perales Viscasillas, P.; Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo, *Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*, VV.Coords, Civitas, 2008, pp. 453-500.

Puede considerarse también el papel de estos nuevos principios en el arbitraje internacional. Entre otros, véase: Perales Viscasillas, P.; «Principios de UNIDROIT y PDCE en el arbitraje internacional, Principios de Derecho Contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales». *Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca (2007)*, 2009, pp. 157-175.

en los arts. 45 y 61 CISG (el vendedor o el comprador «no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben»)⁸⁷.

Anselmo Martínez Cañellas⁸⁸ (entre otros), explica que la CISG regula un sistema de remedios frente al incumplimiento que no se centran en el carácter esencial de la obligación incumplida, tal y como hacen los Códigos Civil y de Comercio español, sino en el que el incumplimiento sea esencial o no. Si el incumplimiento fuera esencial, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato. Dado que en el último capítulo de este estudio abordaré la cuestión más detenidamente desde la óptica comparativa entre China y América Latina que aquí nos interesa (entre otras materias relacionadas que he escogido para realizar un estudio comparado específico), conviene aquí dejar explicada la base sobre la que se asienta la CISG en esta materia, a fin de contar después con esta referencia. Seguiré para ello las explicaciones del autor citado.

Por incumplimiento esencial se entiende el incumplimiento por una de las partes “que cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” (artículo 25 CISG). Esta definición exige un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas sea en la CISG sea en el contrato.

El incumplimiento, con carácter general, debe obedecer a la acción u omisión de una de las partes independientemente de la existencia de culpa, siendo suficiente la voluntad expresa de incumplir para que un incumplimiento existente se convierta en esencial, según explica Anselmo Martínez Cañellas⁸⁹. Para ser esencial, el incumplimiento debe causar un perjuicio a la contraparte, que le genere una privación sustancial de las expectativas que tenía al tiempo de celebrarse el contrato, objetivamente considerada.

El cumplimiento tardío de la obligación de entrega, de pago o de cualquier otra obligación no constituye en sí mismo un supuesto de incumplimiento esencial, aunque sí lo será si las partes han dado especial importancia al plazo o si ésta se deriva de la naturaleza de los bienes entregados.

El incumplimiento acumulado de varias obligaciones no dará lugar necesariamente a la calificación de incumplimiento esencial mientras la parte perjudicada no pierda el beneficio principal del contrato o el interés por el mismo aunque la importancia del perjuicio se aprecie con posterioridad.

En definitiva, se incurre en un incumplimiento esencial cuando éste supone la frustración de la finalidad del contrato, sin necesidad de que exista o no una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

⁸⁷ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

⁸⁸ Martínez Cañellas, Anselmo; *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

⁸⁹ Anselmo Martínez Cañellas, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

La carga de la prueba del perjuicio y de su importancia corre a cargo del perjudicado. Se incluye un supuesto de exención, la imprevisibilidad objetiva del resultado perjudicial de tal acción u omisión en el momento de celebración del contrato. Este test de previsibilidad es fundamental por tres motivos, a juicio de Anselmo Martínez Cañellas⁹⁰: Primero, por su objetividad, que facilita su apreciación y agiliza el tráfico mercantil internacional frente a tests subjetivos; Segundo, porque invierte la carga de la prueba exigiendo al incumplidor la prueba de la imprevisibilidad; y, Tercero, porque el test de persona razonable introduce el elemento de culpabilidad o diligencia del incumplidor, aunque observado desde un prisma objetivo.

El incumplimiento puede ser parcial, en cuyo caso sólo se considerará esencial si la parte incumplidora priva sustancialmente de las expectativas totales del contrato, en cuyo caso cabría la resolución de todo el contrato (artículo 51 CISG).

Cuando la obligación de entrega es de tracto sucesivo, Anselmo Martínez Cañellas⁹¹ explica que el incumplimiento esencial de una de las entregas permite la resolución parcial del contrato referente a la misma, que podrá extenderse a futuras entregas si existen fundados motivos para inferir que respecto a ellas también existirá un incumplimiento esencial, y que permitirá la resolución de entregas ya efectuadas y de las futuras cuando la falta de entrega de dicha remesa implique un incumplimiento esencial de la totalidad dada la interdependencia de todas ellas (artículo 73 CISG).

Cabe el incumplimiento previsible si resulta manifiesto que la contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones por menoscabo en su capacidad para cumplirlas, o en su solvencia o en su comportamiento al disponerse a cumplir el contrato⁹². Más adelante me detendré en el análisis de este supuesto en particular, a fin de contrastar las analogías y diferencias en el tratamiento jurídico de este supuesto en China, España y Latinoamérica.

2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

Como es sabido, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales constituyen un modelo normativo propuesto para la contratación internacional, que puede ser libremente elegido por los contratantes para regular su relación contractual (soft law)⁹³. Se han publicado tres versiones sucesivas hasta el momento (en 1994, 2004 y 2010), manteniéndose la estructura básica y simplemente

⁹⁰ Martínez Cañellas, Anselmo; *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

⁹¹ Martínez Cañellas, Anselmo; *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears.

⁹² Martínez Cañellas, Anselmo; *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa Internacional de mercaderías*, Mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, p. 4.

⁹³ Entre otros muchos, puede verse el trabajo siguiente: Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C.; «Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes», *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

completando cada edición a la anterior, pues su objetivo es adaptarse a las necesidades de la contratación. Cuentan con el respaldo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional. En su elaboración convergen los estudios de Derecho comparado basados en las dos grandes familias jurídicas: la germano-romana y la anglosajona⁹⁴.

A diferencia de la CISG, en los Principios UNIDROIT sí encontramos una norma cuyo objeto directo es definir el incumplimiento. Esta norma está contenida en el artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en su versión de 2010⁹⁵), que dispone lo siguiente: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

Claramente, los autores de la norma optaron por un concepto amplio de incumplimiento contractual, de corte anglosajón. Se trata, además, de un concepto objetivo de incumplimiento, que abarca cualquier tipo de defecto en la ejecución del contrato. Queda exonerado de responsabilidad el deudor en caso de fuerza mayor (“si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”, artículo 7.1.7).

Por otra parte, como en la CISG- no todo incumplimiento dará lugar al remedio resolutorio, sino sólo el esencial (artículo 7.3.1.1).

3. El Moderno Derecho europeo de contratos

El modelo de incumplimiento que encontramos en la CISG ha influido fuertemente en el Derecho europeo (además de en otros sistemas como el chino, el turco, etc.). En el Derecho Europeo de Contratos cabe destacar el esfuerzo de los académicos en compendiar las normas de forma sistemática.

Como es sabido, fruto de estos esfuerzos fueron –en primer lugar- los PECL y –posteriormente- el DCFR, del que emana la Propuesta de Reglamento de Compra-venta Europea (CESL).

Antonio Manuel Morales Moreno ha explicado que la idea del incumplimiento la expresan los PECL en términos bastante elocuentes: «“non- performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to cooperate in order to give full effect to the contract» (art. 1:301 (4) PECL)⁹⁶. Se observan grandes semejanzas entre este artículo y el concepto de incumplimiento de los Principios UNIDROIT.

Al comentar los PECL, Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno sostienen que, de acuerdo con el artículo citado, «el término “incumplimiento” denota el hecho de dejar de cumplir cualquier obligación nacida del contrato, se beneficie

⁹⁴ Entre otros trabajos: Flores Doña, M^a de la Sierra; “Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional”, Congreso Internacional de La Rioja sobre Contratación y arbitraje mercantil Internacional 5-6 noviembre 2009, Universidad de La Rioja (http://eprints.ucm.es/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf).

⁹⁵<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

⁹⁶ Morales Moreno, Antonio Manuel; *La modernización del Derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi (Thomson-Civitas), Navarra, 2006, p. 29.

o no de exoneración, e incluye el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y la falta de cooperación para que el contrato produzca plenos efectos»⁹⁷.

Como vemos, los PECL parten de un concepto unívoco de incumplimiento contractual, que abarca los diversos tipos que se distinguen en la familia de los Códigos de Derecho civil continental. En este sentido, Luis Díez-Picazo, E. Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno sostienen lo siguiente: «En esta definición aparecen descritas y agrupadas las distintas manifestaciones o modalidades del incumplimiento», incluidos «la no ejecución de la obligación», «la ejecución tardía de la prestación», «la ejecución o cumplimiento defectuoso (material o jurídico)» y «la falta de cooperación para que el contrato alcance plena ejecución»⁹⁸.

Los autores de dicho comentario a los PECL explican que «en los PECL hay incumplimiento incluso en los casos en que exista una causa de exoneración de las previstas en el art. 8.108, pues las causas de exoneración no excluyen en el uso de todos los remedios del incumplimiento, sino sólo el de algunos de ellos (Comment, p.125)»⁹⁹, lo que constituye una diferencia con el concepto del incumplimiento del Derecho inglés.

Esther Gómez Calle ha destacado la influencia del Derecho Europeo de contratos sobre la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones (2009, Comisión General de Codificación), que bien puede entenderse como la influencia que ambos reciben de los textos internacionales y del Derecho uniforme o, dicho de otro modo, del Derecho anglosajón: «El DCFR parte de un concepto de incumplimiento similar al de la PMCC»¹⁰⁰.

Como heredero del texto de los PECL, el artículo III.-1:101 (3) del DCFR contempla una definición del incumplimiento semejante a la anterior, pero más depurada: «Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation».

V. CONCLUSIONES

El incumplimiento contractual se explica de modo muy diverso en el Derecho anglosajón y en el Derecho civil continental. Esta diferencia está relacionada en parte con el distinto concepto de obligación que existe en uno y otro sistema (recordemos que en el Common Law se concibe la obligación como garantía del acreedor o deber del deudor de satisfacción del interés del acreedor mientras que en el Civil Law se identifica con el mero deber de prestación del deudor). Así, de una parte, el incumplimiento en el Derecho anglosajón es toda no satisfacción del interés contractual del acreedor; y, de otra, el incumplimiento en el Derecho civil continental es –en sentido estricto– la no prestación por parte del deudor, distinguiéndose una serie de modalidades de no satisfacción del interés contractual del acreedor que quedarían fuera de ese concepto de incumplimiento en sentido estricto (tales como la mora o el cumplimiento defectuoso), y que son

⁹⁷ Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 321.

⁹⁸ Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 321-322.

⁹⁹ Díez-Picazo, Luis / Roca Trias, Encarna / Morales Moreno, Antonio Manuel; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 322. Véase en “incumplimiento en el Derecho inglés” de esta tesis.

¹⁰⁰ 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*, tomo LXV, 2012, fasc. I, p. 39.

reguladas, según el caso, en la parte general del Derecho de obligaciones de los códigos civiles y en la parte especial de contratos (en particular, los saneamientos en la compraventa). Esto hace que los mecanismos de defensa del acreedor frente al deudor se diversifiquen en los sistemas de Civil Law, mientras que en el Common Law los encontramos sistematizados en torno a un concepto único de incumplimiento contractual (remedies).

La CISG optó por el modelo anglosajón y emplea un concepto amplio de incumplimiento, que abarca –por tanto- toda no satisfacción del interés contractual del deudor, y que lleva asociado un sistema articulado de remedios (empleando la expresión del profesor Morales Moreno).

En busca de seguridad jurídica y eficacia en un mercado globalizado, ya algunos países de la familia del Civil Law, como Alemania o China, entre otros, han adaptado su Derecho interno a este modelo, optando por la armonización jurídica como vía de modernización de su Derecho de obligaciones. En otros países se observan intentos de modernización aún no fraguados (como España). A mi juicio, esta vía es adecuada, práctica y recomendable para todos los países de Derecho civil continental, ya que contribuye a simplificar y ordenar la materia del incumplimiento contractual, liberándola de un modelo que responde a una economía antigua (obligación de entrega de cosa específica) y adaptándose al actual mercado global y de producción en masa. De otra parte, el modelo puede aplicarse sin problemas a las compraventas de cosa específica celebradas entre particulares, que hay que tenerlas en cuenta porque siguen existiendo, en la medida en que es posible afirmar que, en esos casos, la satisfacción del interés del acreedor consiste en recibir exactamente el bien acordado y conforme a lo acordado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCARAZ VARÓ, E., HUGHES B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, p. 85.
- ALCARAZ VARÓ, E., HUGHES B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2007, 10ª edición, p. 97.
- ASAMI, E.: *Los sistemas del Derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*, tesis doctoral para optar al grado de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 31.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P. (1991): *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)* (Valencia, Tirant lo blanch): p. 27.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 863.
- DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G.: *La mora del deudor*, tesis doctoral, dirigida por Luis Díez-Picazo, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 383- 420.
- DÍEZ-PICAZO, L. /ROCA TRIAS, E. /MORALES MORENO, A.M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 319 - 320.
- GE, Yunsong (2003): *Estudios sobre el incumplimiento previsible* (Beijing, Editorial de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho)
- GÓMEZ CALLE, E.: “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*, 2012, tomo LXV, fasc. I, p.37.
- GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 3º.
- LI X.: *Comparative Studies on breach of the contract*, Wuhan University Press, Wuhan; 2005.
- MAO, Jinli, etc. (1991): *Diccionario moderno español-chino, chino-español* (Beijing, Foreign language teaching and research press): p. 424.

MORALES MORENO, A.M.: “Evolución del concepto de obligaciones en Derecho español”, en AA.VV.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006.

MORALES MORENO, A.M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson CIVITAS (Aranzadi), Navarra, 2006, p.7

MORALES MORENO, A. M.: “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, tomo LXV, fasc. I, p. 1.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

SUN, Yizhen (1992): *Diccionario conciso chino-español* (Shanghai, Shanghai Foreign Language Education Press): p. 235.

VIDAL OLIVARES, A.: “La noción de ‘incumplimiento esencial’ en el Código Civil”, en AA.VV.: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (coord. por C. PIZARRO WILSON y A. VIDAL OLIVARES), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 498.