

Universidad de Murcia. Facultad de Derecho

Derecho Civil III: Derecho de obligaciones

Grado en Derecho. Curso 2021–2022 – Grupo II

Lección 10*

El incumplimiento de las obligaciones

Índice

1. Ideas generales en torno al incumplimiento	2
1.1. Incumplimiento en sentido amplio e incumplimiento en sentido estricto	2
1.2. El incumplimiento en el Código civil y en otros textos legales	3
1.3. Subjetividad y objetividad en la valoración del incumplimiento y de la conducta del deudor	4
2. Los supuestos del incumplimiento	7
2.1. Los retrasos y su tratamiento jurídico.	7
2.1.1. Ideas generales. Concepto de mora y su diferencia con el simple retraso	7
2.1.2. Los requisitos de la mora	8
2.1.3. La mora en las obligaciones sinalagmáticas	14
2.1.4. Efectos de la mora	15
2.1.5. Otras cuestiones relacionadas con la mora	17
2.2. El cumplimiento defectuoso y sus consecuencias	17
2.2.1. Supuestos en que se produce cumplimiento irregular	17
2.2.2. Las consecuencias del cumplimiento defectuoso	18
2.3. Incumplimiento definitivo	19
3. Las consecuencias del incumplimiento	20
3.1. Remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento	20
3.2. El cumplimiento forzoso	21
3.3. El cumplimiento por equivalente	21
3.4. La resolución de las obligaciones sinalagmáticas	22
3.4.1. Concepto, naturaleza jurídica y función de la facultad resolutoria	23
3.4.2. Los requisitos de la resolución	24
3.4.3. Efectos de la resolución	25
3.4.4. Los pactos sobre la resolución	26

*© Joaquín Ataz López, 2013–2021.

El presente texto fue originalmente confeccionado como material docente para los alumnos del Grupo I del segundo curso del Grado en Derecho en la Universidad de Murcia, curso 2013–2014 y, con posterioridad se ha ido actualizando y adaptando para otros grupos. La presente versión ha sido realizada para el Grupo II del curso 2º del Grado en Derecho de la Universidad de Murcia en el curso 2021-2022.

El autor autoriza la copia gratuita del mismo exclusivamente para el uso con finalidad docente, pero no su manipulación, modificación o comercialización de cualquier tipo. Asimismo se prohíben expresamente la distribución o comunicación pública de este texto sin autorización expresa del autor.

3.4.5. El plazo para la interposición de la solicitud de resolución	27
3.5. La indemnización de daños y perjuicios: La llamada responsabilidad civil contractual	27
3.5.1. Concepto de responsabilidad civil contractual	27
3.5.2. Los presupuestos de la responsabilidad civil contractual	28
3.5.3. Modificación convencional de la responsabilidad contractual	34
3.5.4. Prescripción de la responsabilidad civil contractual	34
3.6. Otros remedios frente al incumplimiento	34

1. Ideas generales en torno al incumplimiento

1.1. Incumplimiento en sentido amplio e incumplimiento en sentido estricto

Desde el punto de vista de su cumplimiento, una obligación que, siendo ya exigible, no se ha cumplido todavía, puede encontrarse en alguno de los siguientes estados:

1. La obligación no se ha cumplido todavía, pero aún puede cumplirse y su cumplimiento sigue siendo apto para satisfacer el interés del acreedor. En este caso hay incumplimiento actual, pero no definitivo. El problema que aquí se plantea es, básicamente, el de determinar qué consecuencias tendrá el retraso en el cumplimiento.
2. El deudor —o un tercero— ha realizado la prestación, pero esta no se ajusta a los principios que deben regir el pago y, por lo tanto, no se puede considerar auténtico cumplimiento. En estos casos se habla de “cumplimiento defectuoso” o “cumplimiento irregular”.
3. La obligación no se ha cumplido todavía y, dadas las circunstancias, ya no es posible que se cumpla o, aunque el cumplimiento es físicamente posible, no puede ya satisfacer el interés del acreedor. En estos casos se habla de incumplimiento definitivo.

Desde un punto de vista amplio a los tres supuestos anteriores se les denomina «incumplimiento»; pero desde un punto de vista estricto el término «incumplimiento» se reserva exclusivamente para el que es definitivo.

El incumplimiento definitivo es, obviamente un incumplimiento grave. Desde un punto de vista conceptual puede haber incumplimientos “graves” que no sean definitivos. Pero como cuando el incumplimiento es grave se considera “razonable” que el acreedor pueda poner fin a la relación, convirtiendo así el incumplimiento que era “grave” en “definitivo”, en la práctica ambos términos funcionan como sinónimos.

Obsérvese como, por otra parte, el incumplimiento no es un estado preciso que se produce en un momento exacto y que consiste en una especie de reverso del cumplimiento: en la mayor parte de los casos el incumplimiento es más bien un proceso que suele empezar por el retraso —el cual no impide que la obligación se llegue a cumplir— y puede terminar, aunque no siempre, en el incumplimiento definitivo.

1.2. El incumplimiento en el Código civil y en otros textos legales

El Código civil no regula de una forma sistemática y completa el incumplimiento, sino que en los artículos 1094 y siguientes (dedicados a la «naturaleza y efecto de las obligaciones») contiene algunas disposiciones que se ocupan de manera fragmentaria de alguno de los aspectos relacionados con él; otros aspectos son tratados en la Ley de Enjuiciamiento civil (principalmente el régimen de una de las más importantes consecuencias del incumplimiento: el cumplimiento forzoso) y hay otros que carecen de regulación, como por ejemplo el caso del cumplimiento irregular, al que el Código sólo dedica el párrafo 2º del artículo 1098, relativo a las obligaciones de hacer.

El único precepto que se ocupa conjuntamente de los tres supuestos típicos del incumplimiento (retraso, incumplimiento definitivo y cumplimiento defectuoso) es el artículo 1101 según el cual: «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*». De este precepto se puede decir que no es precisamente un ejemplo de claridad y precisión, pues, al menos aparentemente, equipara, al ponerlas al mismo nivel, dos circunstancias objetivas (la morosidad y la contravención) con otras dos subjetivas (el dolo y la negligencia). Nos ocuparemos de él con cierto detenimiento en el epígrafe 3.5 de esta lección, donde también se estudiarán los artículos 1102 a 1108, en cuanto constituyen desarrollo del artículo 1101. De momento sólo diremos que de este precepto se deduce que una consecuencia común a todo tipo de incumplimiento es la obligación de indemnizar los daños que el mismo ocasiona. A esta obligación de indemnizar se la suele llamar “responsabilidad civil contractual”.

Tampoco el Código de comercio contiene una regulación general, sistemática y completa del incumplimiento, sino que, al igual que ocurre con el Código civil, los artículos 50 y siguientes del Código de Comercio se limitan a señalar determinadas especialidades de las obligaciones mercantiles con respecto de las civiles. De ellos sólo el artículo 63 resulta directamente aplicable a uno de los problemas relacionados con el incumplimiento: el retraso.

De modo que ninguno de los dos grandes códigos españoles del Derecho privado contiene una regulación completa y sistemática del incumplimiento. Por el contrario, en el Derecho Internacional sí es posible encontrar regulaciones relativamente extensas.

Hay un texto concreto que ha ejercido una enorme influencia sobre las concepciones relativas al incumplimiento: La convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980), conocida por sus siglas en inglés CISG. Este texto introduce la noción de “falta de conformidad” en su artículo 35. Asimismo los principios UNIDROIT y, más tarde, los PECL y el Marco Común de Referencia (DCFR)¹, regulan el incumplimiento (“*non performance*”) incluyendo en él la ejecución defectuosa y la tardía.

En los textos internacionales mencionados se distingue entre el incumplimiento esencial (grave) y el no esencial. El artículo 25 de la Convención de Viena aclara esta distinción: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

¹ Todos estos textos internacionales fueron objeto de mención en la lección preliminar.

1.3. Subjetividad y objetividad en la valoración del incumplimiento y de la conducta del deudor

Para la doctrina tradicional, imbuida por el principio del *favor debitoris*, la noción de incumplimiento era subjetiva en el sentido de que para entender que una obligación había sido incumplida, no bastaba con que objetivamente la prestación no se hubiera realizado, sino que era además preciso que la falta de cumplimiento se debiera a dolo o culpa del deudor. Es decir: sólo era auténtico incumplimiento el que era imputable al deudor².

A favor de este punto de vista se manejaban distintos argumentos, entre los que pueden destacarse los siguientes:

1. La consideración de que la deuda es básica y principalmente un «deber jurídico», y las consecuencias del incumplimiento una especie de «sanción» al deudor incumplidor. Pero, de ser así las cosas, es un principio general del ordenamiento jurídico el de que no cabe sanción cuando no hay imputabilidad. Si el deudor no es culpable del incumplimiento, no merece, en realidad, ninguna sanción.
2. En el terreno del derecho positivo, los artículos 1101 y 1105, así como el régimen de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, podían apoyar este punto de vista:
 - El artículo 1101 que, como se acaba de ver, es el único que el Código civil dedica con carácter general a todo tipo de incumplimiento, expresamente hace referencia al dolo y a la negligencia.
 - El artículo 1105 afirma que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.
 - Por último, dado que en el régimen del Código civil la imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor normalmente provoca la extinción de la obligación (art. 1182 CC), sería razonable deducir de ello que para el Código civil la regla es la de que el deudor culpable (o el deudor moroso, que, al ser moroso es también culpable —véase más adelante—) debe asumir las consecuencias de la falta de cumplimiento.

En consonancia con este punto de vista existe abundante jurisprudencia que exige, para atribuir consecuencias al incumplimiento, que este sea “culpable” o “imputable al deudor” y así por ejemplo, la STS de 21-07-1993 (RJ 6105) señala que la apreciación del incumplimiento de un contrato «*siempre requiere una conducta deliberada y pertinaz que frustre el fin del mismo*»; y la de 11-05-1991 (RJ 3658) añade que «*para que a un obligado a hacer algo (cualquiera que sea el título —legal o contractual— originador de su obligación) le puedan ser*

²La imputabilidad es noción jurídica procedente del campo del Derecho penal. Asumo que los alumnos la entienden y por lo tanto no la desarrollaré, sólo diré que un incumplimiento es *imputable* a alguien cuando se le puede atribuir la responsabilidad del mismo.

exigibles las consecuencias previstas para el caso de su incumplimiento, es requisito ineludible que éste (el incumplimiento) sea reproachable o atribuible a un acto voluntario (doloso o culposo) del propio obligado».

Pero frente a este punto de vista, que hace hincapié en el aspecto que la obligación tiene de “deber”, existe otro punto de vista, que en los últimos tiempos se viene imponiendo, para el que el incumplimiento no es tanto la infracción de un deber, como la lesión de un derecho subjetivo ajeno. Para estos autores el incumplimiento es una noción plenamente objetiva: si la prestación debida no se llega a realizar, hay incumplimiento, porque el acreedor ve frustrado su derecho; y todo ello con independencia de la mayor o menor culpabilidad subjetiva que tenga el deudor.

Este punto de vista establece, además, una distinción entre el valor de la prestación y cualquier otro daño que el incumplimiento haya podido ocasionar: el acreedor —se afirma— tiene derecho siempre al valor de la prestación, con independencia de la mayor o menor culpabilidad del deudor. Pero cualquier otro daño que el incumplimiento le haya podido causar sólo podrá ser indemnizado si el incumplimiento fue imputable al deudor pues la imputabilidad, aunque no sea requisito del incumplimiento, sí lo es de la responsabilidad civil contractual (arts. 1101 y 1105 CC).

Desde este segundo punto de vista, para el que no es requisito del incumplimiento la imputabilidad del mismo al deudor los argumentos que se manejan son los siguientes:

1. En ningún lugar el Código civil exige, para que haya incumplimiento, que éste sea imputable al deudor. Y aunque es cierto que el artículo 1101 menciona el dolo y la negligencia del deudor, también menciona como infracciones del derecho de crédito la morosidad (aunque no sea debida a dolo o culpa) así como cualquier contravención del derecho de crédito.
2. En cuanto al artículo 1105, se trata de un precepto ubicado en sede de responsabilidad civil contractual y, por lo tanto, es aplicable sólo a la posible indemnización de daños adicionales que el acreedor pueda haber sufrido como consecuencia del incumplimiento; pero no es aplicable al daño consistente en el incumplimiento en sí mismo considerado, en cuanto este priva al acreedor de algo a lo que tenía derecho: la prestación.
3. Asimismo, aunque es cierto que en caso de imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor, éste queda liberado, ello es sólo en este supuesto: cuando la prestación se haya hecho imposible; y además, si la obligación era sinalagmática, el hecho de que una de las partes quede liberada, permitirá a la otra solicitar la resolución (véase la pregunta 3.4), lo que significa que la liberación del deudor por imposibilidad, no perjudicará al acreedor, que podrá también liberarse de su propia obligación.
4. Por último: si la imputabilidad fuera requisito para el incumplimiento, ello sería tanto como decir que, en última instancia, todas las obligaciones lo son de mera diligencia: obligaciones de medios en las que el deudor se obliga sólo a hacer lo que pueda para posibilitar el cumplimiento.

Una buena exposición del debate entre los puntos de vista objetivo y subjetivo, y de la preponderancia actual del punto de vista objetivo se encuentra en la Exposición de Motivos que acompaña a la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil que en enero de 2009 presentó la Comisión General de Codificación. En el punto octavo de la misma se dice:

Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación.

*El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. **Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración.** Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento.*

Entre ambos puntos de vista, el subjetivo y el objetivo, en los últimos años va ganando presencia el objetivo que es, a día de hoy, claramente mayoritario en la doctrina y también se refleja —aunque en menor medida— en la jurisprudencia. Según este punto de vista:

1. El acreedor puede reaccionar frente a cualquier modalidad de incumplimiento, sin necesidad de probar que la falta de cumplimiento sea imputable al deudor.
2. Si el incumplimiento fue o no imputable, tiene, en principio, transcendencia tan sólo de cara a la solicitud de indemnización por daños distintos del valor de la prestación (también llamado, interés contractual).

Puede verse en este sentido, la STS de 10-03-2009 (RJ 2796), en la que se distingue entre el valor de la prestación (al que la sentencia denomina “cumplimiento por equivalencia”, noción que se explicará más adelante) y el resarcimiento de otros daños. Dice la sentencia:

*El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia es, según se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producirse dicho cumplimiento (æstimatio rei o precio o valoración de la cosa). Ahora bien, **el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados, este sí ligado a la aplicación del art. 1101 CC (y, por consiguiente, a la concurrencia del algún género de dolo o culpa por parte del deudor en el incumplimiento, como es el caso), exige que para determinar los perjuicios sufridos...***

2. Los supuestos del incumplimiento

Como vimos en el apartado anterior, a propósito del incumplimiento se pueden diferenciar tres supuestos distintos: el retraso, el cumplimiento defectuoso y el incumplimiento definitivo. Veámoslos por separado.

2.1. Los retrasos y su tratamiento jurídico.

2.1.1. Ideas generales. Concepto de mora y su diferencia con el simple retraso

El escenario más corriente de «falta de cumplimiento» es el del retraso, que, en principio, podríamos suponer que se produce siempre que llegado el momento de exigibilidad de la obligación el deudor no la cumple espontáneamente. Ahora bien: debe tenerse en cuenta que en el Código civil español la regla es que el simple retraso carece de trascendencia jurídica hasta que el acreedor exija al deudor que cumpla. Es esa exigencia del acreedor al deudor la que provoca que el retraso empiece a tener consecuencias jurídicas.

Que el retraso provocado por la falta de cumplimiento espontáneo del deudor carezca en general de consecuencias jurídicas se explica porque la deuda no es un deber jurídico establecido en interés público, sino que se establece en interés del acreedor. El «crédito», por otra parte, es un derecho que permite al acreedor exigir del deudor el cumplimiento. Y el Código civil parece pensar que el deudor no está obligado a cumplir hasta que ello le es exigido por el acreedor. Es decir: que, como regla, para que haya retraso en el pago no basta que la deuda sea ya exigible sino que se precisa que además de ser *exigible*, haya sido ya *exigida*.

Al retraso en el cumplimiento que es jurídicamente relevante se le denomina «mora del deudor» o, simplemente, «mora». El Código civil se refiere a esta figura en el artículo 1100, cuyo primer párrafo proclama lo que se acaba de decir: no hay «mora» (es decir, no hay retraso jurídicamente relevante) hasta que el acreedor exige el cumplimiento: *«Incurrer en mora —dice el artículo 1100-I— los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.»*

La anterior afirmación según la cual la mora equivale al retraso jurídicamente relevante, es la que podríamos considerar tesis preponderante en la doctrina española. Pero no es la única: para otro sector doctrinal la mora es un «retraso cualificado», pero ello no significa que cualquier otro retraso, que no cumpla los requisitos de la mora, no haya de tener consecuencias jurídicas, pues el artículo 1101 del Código civil obliga a indemnizar los daños causados, no sólo al deudor que haya incurrido en morosidad, sino también a «los que de cualquier modo contravinieren el tenor» de la obligación.

Es preciso, por otra parte, señalar que aunque la regla sea la de que el simple retraso no tiene consecuencias jurídico-civiles, ello no significa que al deudor no le convenga cumplir espontáneamente en cuanto la obligación sea exigible, pues si no lo hace y el acreedor le demanda judicialmente el pago, las costas procesales de tal reclamación serán de cargo del deudor, aunque se allane a la demanda. El allanamiento no exime del pago de costas procesales, sino que, simplemente, en cuanto evita un largo juicio, reduce su cuantía.

2.1.2. Los requisitos de la mora

I. Requisitos generales.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 1100 «incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa», desde que el acreedor les exija el cumplimiento de su obligación. De aquí se deducen los siguientes requisitos:

- 1º Debe tratarse —se dice— de una obligación positiva, pues el CC habla de «obligados a entregar o hacer alguna cosa», excluyendo a los obligados a no hacer.
- 2º Debe tratarse de una obligación que ya es exigible (pues en caso contrario, no podría hablarse de retraso) lo que, en el caso de obligaciones de dinero, significa que debe ser, además, líquida.
- 3º Es preciso que el acreedor interpele o reclame al deudor el cumplimiento. A este requisito se le llama, a veces, *intimación* al deudor³.

A estos tres requisitos la doctrina clásica añadía el de que

- 4º El retraso debe ser imputable al deudor.

Como quiera que de todos estos requisitos el más problemático (porque es el único que no parece deducirse de la simple noción de “retraso”) es el de la interpelación o intimación al deudor, el cual, además, admite, según el párrafo II del propio artículo 1100, algunas excepciones, de momento examinaremos el resto de los requisitos, dejando el análisis del requisito de la intimación para el próximo epígrafe.

a. El carácter positivo de la obligación. Esta exigencia del Código civil implica que en las obligaciones negativas (de no hacer) no podría haber mora, lo cual es —se dice— porque en ellas cualquier realización de lo debido constituye ya un incumplimiento en sentido propio. En este sentido se ha dicho que existe una “incompatibilidad estructural y lógica” entre las obligaciones negativas y la idea de provisionalidad del incumplimiento que se encuentra inserta en el retardo y en la mora, por lo que no es posible un retraso en un no hacer (VISINTINI).

Aunque quizás la anterior afirmación no siempre sea cierta, sino que en la base de la misma se encuentre la dificultad que en general tiene el Código civil para imaginar las obligaciones de no hacer y regularlas con carácter general. Ciertamente es difícil imaginar un «hacer» que no sea incumplimiento absoluto de una obligación consistente en mantener el estado actual

³Aunque hoy día «intimar» significa principalmente tener una relación próxima y privada (íntima) con alguien, su sentido originario, también incluye las nociones de «requerir», «exigir» o «notificar». De hecho la Real Academia de la lengua española asigna como primer sentido de «intimar» el de «Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo». En el habla cotidiana del siglo XXI este sentido se ha perdido; pero se mantiene en el lenguaje jurídico y de ahí el vocablo «intimación» con el que se designa a este requisito.

de cosas, como si, por ejemplo, me obligo a no impugnar un determinado negocio y, a pesar de ello, lo impugno: difícilmente podría considerarse que ese «hacer» es un simple «retraso» que no implica necesariamente un incumplimiento absoluto. Pero si, por contra, imaginamos una obligación en la que el deudor se compromete a “dejar de hacer algo” es perfectamente imaginable que, debiendo haber cesado la actividad que sea cierto día, no lo haga en su fecha, pero aún así el acreedor conserve interés en el cumplimiento tardío de la obligación. En estos casos podría apreciarse un verdadero retraso en el inicio del cumplimiento.

Es cierto que en muchos de estos casos la obligación no será un no hacer puro, sino que comprenderá algún aspecto positivo. Por ejemplo: si me obligo a “dejar de hacerle a alguien la competencia”, esa obligación implica que, en primer lugar, deberé cesar en mi actividad actual (que constituía competencia a mi acreedor) y luego deberé mantenerme en dicho estado; y ese «cesar» en la actividad actual se podría interpretar como obligación positiva, en cuanto implica un cambio en la situación actual. Pero ello no quita la afirmación de que son imaginables algunos casos en los que es posible que el no hacer deba empezar en cierta fecha, de tal manera que la continuación del hacer anterior a la misma pueda tener la consideración de retraso en el cumplimiento.

Lo importante es que parece claro que la referencia del artículo 1100 a las obligaciones positivas no se debe a la circunstancia de que el legislador *quiso prohibir* la mora en las obligaciones negativas, sino, más bien, a que no la concebía. Por lo que si hubiera algún caso en el que este retraso en el inicio del cumplimiento de este tipo de obligaciones fuera posible, no se ve por qué habría que negar la posibilidad de que se produjera la mora en este tipo de obligaciones.

b. Exigibilidad y liquidez de la obligación. El requisito de la exigibilidad es obvio e indiscutible: si la obligación no es exigible todavía, de ninguna manera puede hablarse de retraso en el cumplimiento.

Tratándose de obligaciones de dinero no líquidas, como no se pueden pagar hasta que hayan sido liquidadas, al requisito de la exigibilidad se superpone el de la liquidez: no es posible concebir un “retraso” en el cumplimiento de una obligación de dinero si, por ser ésta ilíquida, el deudor no sabe todavía cuánto debe pagar, por mucho que la obligación sea ya exigible. Y, en atención a esta consideración, desde antiguo se viene afirmando que no puede haber mora en las obligaciones ilíquidas (*in illiquidis non fit mora*).

En este sentido es abundante la jurisprudencia que afirma que no es posible la mora en obligaciones ilíquidas. Otra cosa distinta es cuándo consideramos que una obligación es ilíquida; porque hasta los años noventa la jurisprudencia venía señalando que toda obligación en la que fuera necesario un procedimiento judicial para fijar su cuantía era ilíquida, lo que, en cierto modo, animaba a los deudores a, ante una reclamación excesiva, no pagar ni siquiera la parte que admitían deber, ya que si, por ejemplo, el acreedor reclamaba 1000 y el deudor se oponía diciendo que no debía más de 800, y era condenado al pago de esos 800, no se le condenaba al pago de intereses moratorios por considerarse que no podía haber mora dado que la obligación era ilíquida en el sentido de que fue precisa una sentencia para determinar su cuantía.

Ahora bien: si el deudor admitía deber 800 y no los pagó (u ofreció su pago) cuando el acreedor le reclamó ¿cómo es posible sostener que no hay mora? ¿no es más cierto que el deudor, con su actitud, obligó al acreedor a demandarle? ¿no sería más justo que se le condenara a pagar intereses moratorios de la cantidad que realmente debía?

Con base en estas consideraciones, aproximadamente en los años noventa del pasado siglo, la jurisprudencia empezó a afirmar que era preciso combatir el rigor del principio “*in illiquidis non fit mora*”. Un buen ejemplo de esa nueva jurisprudencia lo tenemos en la STS de 11 de septiembre de 2008 (RJ 5558). En ella afirma el TS:

... si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla "*in illiquidis non fit mora*", mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (artículos 1100 y 1108 del Código Civil cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del debitum convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia, no menos cierto es que dicho criterio fue paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama. Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de la diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa —que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: *non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat*, Digesto 50.17.99—, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las Sentencias de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 —con cita de otras anteriores— le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

Y más recientemente, en la sentencia de 25 de febrero de 2021, podemos leer (con cita de otras muchas sentencias) el siguiente fragmento:

... A través de la exigencia de la liquidez de la deuda y con apoyo en el principio *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora] (sin base histórica, ni de derecho positivo), la doctrina jurisprudencial vino manteniendo durante mucho tiempo un criterio muy riguroso que se traducía en requerir, prácticamente y de modo general, la coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial (...), exigencia atenuada a partir de la STS de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, 21 de marzo de 1994, 19 de junio de 1995, 20 de julio de 1995, 9 de diciembre de 1995 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, en el sentido de sustituir la coincidencia matemática por la "sustancial", con la consecuencia de que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses ... (por lo que) ... prescindiendo del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora*, se atiende al canon de la razonabilidad en la oposición y a la concreción del dies a quo del devengo para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses.

Pero aunque la jurisprudencia habla de un cambio de criterio respecto de si es posible o no la mora en las obligaciones ilíquidas, sería más correcto afirmar que el cambio de criterio se produce en lo relativo a cuándo hay que considerar que una obligación es ilíquida; de tal modo que si la determinación de la cuantía de la misma depende de una sencilla operación aritmética, cuyos factores son conocidos en su totalidad, o si hay una parte claramente líquida e indiscutida, o si, en definitiva, no fue razonable dejar de pagar la deuda, o una parte de ella, cuando se reclamó el pago, difícilmente puede sostenerse que estemos ante una obligación ilíquida, o totalmente ilíquida.

Cuando la liquidez de la obligación depende de la actuación del deudor, o exige su colaboración, y este pone obstáculos para la misma, no se aplicaría el principio de que *in illiquidis non fit mora* pues ello sería tanto como favorecer la mala fe del deudor que intenta impedir la liquidación de la obligación.

Un caso paradigmático de lo que se acaba de decir tiene lugar en relación con los seguros de daños. La cantidad que la aseguradora debe pagar no se puede considerar líquida hasta que los daños hayan sido peritados pero, normalmente, el contrato de seguro deja la peritación en manos de los técnicos de la propia aseguradora. En estos casos, para evitar la tentación consistente en demorar injustificadamente la peritación, la Ley de Contrato de Seguro establece un procedimiento de peritación, un plazo máximo para el pago (tres meses desde el siniestro) y unos intereses moratorios de carácter claramente sancionador (cfr. artículo 20 LCS).

c. La imputabilidad al deudor del retraso. Para la doctrina tradicional, en la que, como sabemos (véase el epígrafe 1.3) no podía haber incumplimiento en sentido estricto si este no era imputable al deudor, era lógico que se aplicara la misma exigencia para considerar que hay mora. La cuestión es ¿tiene sentido seguir exigiendo este requisito desde una perspectiva objetiva del incumplimiento, que es la que hoy prevalece?

Desde cierto punto de vista pudiera considerarse que sí, puesto que, a fin de cuentas, el principal efecto de la mora es el de que el deudor deberá indemnizar al acreedor los daños que el retraso le haya provocado (art. 1101 CC) y, como ya se dijo, en materia de daños y perjuicios distintos al valor de la prestación propiamente dicha, sigue siendo requisito el de la imputabilidad al deudor del incumplimiento. Aunque, desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que el artículo 1101 menciona la morosidad diferenciándola del dolo y de la negligencia, de tal manera que no parece exigir que concurra ninguna de éstas para poder entender que hay morosidad susceptible de generar una obligación de indemnizar; y, por otro lado, tal y como señala DELGADO ECHEVERRÍA, no se ve por qué el caso fortuito deba jugar en la mora —que a fin de cuentas es un tipo de incumplimiento— de un modo distinto a como juega en el incumplimiento definitivo: si el deudor no puede intentar justificar su incumplimiento definitivo en el hecho de que éste no se debió a dolo o negligencia, ¿por qué habría de poder justificar así el retraso? De permitir esto el sistema sería incoherente.

Ahora bien: el que no sea requisito para la mora la imputabilidad del retraso al deudor, no significa que si existe alguna justificación para el mismo, esta no deba ser tomada en consideración para, en su caso, considerar que no puede haber mora. En concreto:

- 1º Si el retraso se debe a un hecho del propio acreedor, no se podrá imputar al deudor las consecuencias del retraso, por exigirlo así la buena fe. Esto ocurriría tanto en el caso de la «mora creditoris» propiamente dicha, como cuando el cumplimiento del deudor requiere previamente que el acreedor haga algo. Por ejemplo: si el deudor se comprometió a hacerle un traje al acreedor en una semana con la tela que él le suministrara, y la tela no fue entregada hasta transcurridos cinco días, parece claro que no se podrá imputar al deudor un retraso por el hecho de que el traje no estuviera en la fecha inicialmente prevista.
- 2º Si el deudor no cumplió en su momento porque disponía de excepciones que habría podido alegar frente a una reclamación del acreedor. En este caso, en la medida en que dichas excepciones hubieran podido realmente ser interpuestas, no parece razonable admitir que el deudor pueda incurrir en mora.

II. En particular: el requisito de la interpelación o intimación al deudor, y sus excepciones.

Ya hemos visto que, como regla, para el Código civil no hay retraso (relevante) simplemente por el hecho de que llegado el momento de la exigibilidad la obligación no sea espontáneamente cumplida por el deudor, sino que se exige que el acreedor “exija el cumplimiento” (judicial o extrajudicialmente). A esa *exigencia* por parte del acreedor se la denomina “intimación” o “interpelación”, y como implica que el acreedor debe hacer algo (reclamar) para que el retraso sea jurídicamente relevante, se habla de “*constituir en mora al deudor*”, y a la mora

nacida de tal interpelación se la llama «*mora ex persona*» diferenciándola así de los casos en los que la mora nace automáticamente como consecuencia de ciertas circunstancias, en donde se habla de «*mora ex re*».

Pero que el acreedor debe “*intimar*” al deudor, exigiéndole el cumplimiento, para que pueda hablarse de mora, es sólo la regla general. De acuerdo con el párrafo segundo del mismo artículo 1100, dicha regla general admite las siguientes dos excepciones en las que, como no es precisa la intimación al deudor para que haya mora puede hablarse de «mora automática» (o, también, de «*mora ex re*»). En estos casos el simple retraso del deudor es ya jurídicamente relevante sin necesidad de que el acreedor le constituya expresamente en mora:

1º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

Se prevén, por lo tanto, dos posibilidades: que la obligación (es decir, el contrato o negocio jurídico del que ésta nació) haya señalado expresamente que la mora será automática, o que así lo diga, para cierto tipo de obligaciones, la Ley.

Respecto del primer supuesto (que así lo señale la obligación), nuestro Código al exigir que la obligación debe señalar *expresamente* que no será necesaria la intimación, se apartó de nuestra tradición jurídica en la que se asumía que en toda obligación sometida a plazo implícitamente se debía entender pactado también que el vencimiento del plazo implicaba la constitución automática del deudor en mora. Esta idea, sintetizada en la frase latina «*dies interpellat pro homine*» está vigente en el Código francés y en el italiano, pero no así en el español, donde, como se acaba de ver, se exige que el pacto de no necesidad de la intimación sea expreso.

Entre los casos en los que es la Ley la que directamente establece la automaticidad de la mora, es de especial relevancia el de las obligaciones de naturaleza mercantil, respecto de las cuales el artículo 63 del Código de Comercio señala que los efectos de la morosidad en los contratos que tuvieren su día señalado para su cumplimiento, comenzarán el día siguiente de su vencimiento.

En Derecho romano, un segundo supuesto de mora automática *ex lege* era el de las obligaciones nacidas de delito; de ahí el adagio según el cual *fur semper in mora facere videtur* o *fur semper in mora est*. El Código civil no ha recogido expresamente esta idea en el artículo 1100, pero, sin embargo, el artículo 1185 aparece claramente basado en ella, por lo que es opinión bastante extendida la de que en las deudas procedentes de delito o falta el acreedor no necesita intimar o interpelar al deudor para constituirlo en mora.

2º Cuando de la naturaleza y circunstancia de la obligación resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecerla.

Aunque a primera vista pudiera pensarse que el Código civil se está aquí refiriendo a los supuestos de término esencial, un examen más atento debe convencernos de que no es así: que el término sea esencial significa que al acreedor sólo le satisface el cumplimiento si este tiene lugar en el momento pactado, como ocurre en el ejemplo clásico del traje de bodas. Eso es tanto como decir que en los casos de término esencial, el retraso equivale a incumplimiento definitivo, por lo que no tiene sentido, en estos casos, hablar de mora. Por ello habrá que incluir en este apartado aquellos casos en los que, a la vista de las circunstancias, el deudor tenía razones para suponer que el momento del cumplimiento era especialmente relevante para el acreedor, pero sin que ello implique que el cumplimiento

a destiempo no le interese. Como, por ejemplo, si llamo a un cerrajero para que me abra la puerta de mi casa, a la que no puedo acceder, o si, en un edificio de 14 plantas, se estropea el ascensor y se llama a alguien para que lo arregle, o si en un granero hay goteras que deben ser arregladas antes de que se almacene en él la cosecha, para evitar que las lluvias puedan estropearlas. En todos estos casos no hay, en sentido estricto, un término esencial, pero, a la vista de las circunstancias, queda claro que el momento del cumplimiento tiene para el acreedor especial relevancia, y el deudor debería saberlo simplemente actuando con la diligencia debida.

Del examen conjunto del requisito de la intimación y sus excepciones, se puede deducir que el fundamento de su exigencia es la buena fe, a partir, claro está, de la escala de valores del propio Código civil.

Para comprender lo que se acaba de decir hay que partir del hecho de que el Código civil está pensando en un mundo de relaciones entre particulares, no entre profesionales; relaciones en las que es normal que el acreedor tenga interés en el cumplimiento, pero el momento exacto en el que este se deba producir sea relativamente irrelevante. Desde este punto de vista es como si el Código civil pensara que es normal que el deudor no se de prisa en cumplir si, llegado el momento de la exigibilidad, nadie se lo reclama: el deudor no tendría entonces razones para suponer que su retraso está perjudicando al acreedor. Ahora bien: si el acreedor le reclama el pago (requisito de la intimación) o, al constituir la obligación ya señaló expresamente la importancia del cumplimiento en su momento (primera excepción a tal requisito) o, del resto de las circunstancias se podía deducir que así era (segunda excepción), el deudor será responsable si no cumple inmediatamente.

Esta escala de valores se ve profundamente alterada si estas reglas se aplican en el mundo de las relaciones entre profesionales, que se mueve siempre con un *tempo* mucho más rápido: al fabricante le interesa disponer de la materia prima en el momento exacto en el que su plan de producción se lo reclame; el médico no puede abrir su consulta hasta que tenga material sanitario, camillas, mesas de exploraciones, el vendedor de inmuebles necesita que se le pague en el periodo fiscal previsto, etc.

La conclusión de lo anterior es que la regulación que de la mora hace el Código civil, se ha quedado claramente desfasada en algunos tipos de relaciones. Aunque la ventaja está en que como la segunda excepción al requisito de la intimación en el fondo alude a la buena fe, siempre es posible extender esta excepción a todos aquellos casos en los que el deudor debió suponer que el momento del pago era realmente importante para el acreedor y el retraso le ocasionaría algún tipo de perjuicio.

A los dos supuestos de mora automática mencionados en el artículo 1100-II CC, añaden algunos autores el caso —expresamente previsto en el Código civil italiano— de que el deudor expresamente declare no tener intención de cumplir. La justificación se encontraría en la buena fe, pues si el deudor expresa y terminantemente declaró su intención de no cumplir, no puede después oponerse a ser considerado como moroso.

Declarar que no se cumplirá es distinto a declarar que no se cumplirá en plazo, pues en este último caso, si el deudor expresamente señala que se piensa retrasar y el acreedor no le exige que cumpla, podría pensarse que, tácitamente, está concediéndole un nuevo plazo, o conformándose con el retardo. Ahora bien: si reclamara el cumplimiento, dejaría clara su voluntad de no conceder plazo adicional alguno y sería indiscutible el inicio de la mora.

2.1.3. La mora en las obligaciones sinalagmáticas

El último párrafo del artículo 1100 se refiere al funcionamiento de la mora en las obligaciones sinalagmáticas. De acuerdo con él *“En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”*.

El fundamento de este precepto se encuentra en el llamado sinalagma funcional, del que se deriva la regla del cumplimiento simultáneo de ambos deberes de prestación en las obligaciones sinalagmáticas. Por ello parece indiscutible que esta norma no es aplicable a toda obligación sinalagmática, sino exclusivamente a aquellas en las que no se haya pactado expresamente un cumplimiento no simultáneo; pues si para cada deber de prestación se pactó un momento del pago distinto, la regla del artículo 1100-III deja de tener sentido, al menos en su aplicación al primer deber de prestación que se debió haber cumplido.

Imaginemos, por ejemplo, que en una compraventa de vivienda se pacta un aplazamiento del precio durante dos años. Ello significa que el vendedor deberá entregar ya la vivienda, pero el comprador no tendrá que pagar el precio hasta dentro de dos años. Por lo tanto, si el comprador reclama del vendedor la entrega de la vivienda, éste no podrá ampararse en que aún no se le ha pagado el precio: la obligación es ya exigible y si no cumple cuando se le pide, incurre en mora.

Literalmente el párrafo tercero del artículo 1100 afirma dos cosas distintas:

1. En las obligaciones sinalagmáticas (en las que no se haya pactado el cumplimiento no simultáneo) ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.
2. En estas mismas obligaciones, desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

La primera de ambas afirmaciones parece añadir un requisito a la mora, cuando se trate de obligaciones sinalagmáticas: ninguna de las partes de la obligación puede incurrir en mora en tanto la otra parte no haya cumplido. Pero, en realidad, más que añadir un auténtico requisito, la presente regla no es sino una matización del requisito de la exigibilidad, o mejor aún: un recordatorio de que este requisito, aplicado a las obligaciones sinalagmáticas en las que no se haya pactado un cumplimiento diferido de alguno de los deberes de prestación, implica que, como a ninguna de las partes se le puede exigir el cumplimiento en tanto la otra no haya cumplido (pues, si se exigiera, sería oponible la *exceptio non adimpleti contractus*, que se verá en la próxima lección), tampoco podría en tales casos hablarse de retraso, pues, como antes se señaló, si la obligación no se puede aún exigir, es imposible que se pueda incurrir en mora.

La interpretación de la segunda parte del precepto es más problemática. Literalmente lo que dice es que en estas obligaciones, el único requisito para que una de las partes incurra en mora es que la otra cumpla su obligación, lo que vendría a significar que en estas obligaciones nunca es requisito la intimación del acreedor.

La cuestión es, no obstante, muy debatida. Hay autores, como ALBALADEJO, que entienden que la intimación siempre es necesaria y que la única finalidad del artículo 1100-III es la de introducir en él la *exceptio non adimpleti contractus*, citando a su favor argumentos fundamentalmente históricos. Otros autores, por el contrario, consideran que, a la vista de este precepto, las obligaciones sinalagmáticas son un supuesto más de mora automática, junto con las dos excepciones del párrafo II (CRISTÓBAL MONTÉS), aunque esta opinión habría que matizarla en el sentido de que ello sería así solamente en aquellas obligaciones sinalagmáticas en las que no se haya pactado un cumplimiento no simultáneo (DÍEZ PICAZO) pues, si por pacto se disoció el momento de cumplimiento de cada uno de los deberes de prestación, el párrafo tercero del artículo 1100 no sería aplicable, debiéndose volver al régimen general de la mora (párrafos I y II).

De estos dos puntos de vista, la literalidad del artículo 1100 parece dar la razón al último. Sin embargo, si nos atenemos al la razón por la que el Código exige la interpelación al deudor, tal vez hubiera que optar por el punto de vista de ALBALADEJO y entender que la interpelación es siempre requisito, salvo cuando la buena fe exija otra cosa.

A estos argumentos tal vez se les podría añadir el del artículo 1501 que, refiriéndose a la compraventa (la más arquetípica de las obligaciones sinalagmáticas) establece que el comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio ... “si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1100”; es decir: el Código está contemplando una compraventa en la que una de las partes (el vendedor), ya ha cumplido (pues la cosa ya ha sido entregada), y la otra aún no (pues el precio aún no se ha pagado); y en tal situación el Código asume que el comprador no está *per se* en mora, sino que se le debe constituir en ella de acuerdo con el artículo 1100, lo que sería un argumento a favor de entender que el hecho de que una obligación sea sinalagmática no excluye que siga siendo precisa la interpelación para que el deudor quede incurso en mora.

2.1.4. Efectos de la mora

De los artículos 1096-III, 1182 y 1101 del Código civil, se deduce que los efectos de la constitución en mora del deudor son básicamente dos:

1. El traspaso del riesgo de imposibilidad al deudor (arts. 1096 y 1182).
2. La obligación de indemnizar al acreedor los daños que el retraso le haya podido provocar (art. 1101).

El traspaso de riesgos

Respecto del primero de los efectos señalados, debemos recordar que, tal y como vimos en la lección 9ª, en principio si la prestación se hace imposible sin culpa del deudor la obligación se extingue, lo que significa que la regla es que el riesgo de imposibilidad sobrevenida, en principio, está atribuido al acreedor, ya que es él quien quedará perjudicado si ésta sobreviene. Sin embargo la constitución en mora del deudor provoca que ese riesgo pase a atribuírsele al deudor: estando el deudor en mora, la imposibilidad sobrevenida no extinguirá la obligación, sino que la transformará en una obligación de indemnizar (*perpetuatio obligationis*).

Aunque la letra del Código civil establece un traspaso del riesgo sin paliativos del que se derivaría una responsabilidad automática del deudor por imposibilidad sobrevenida, con absoluta independencia de la causa que

haya provocado esta imposibilidad, parece obvio que si la imposibilidad es imputable a la actuación del propio acreedor, no deberá el deudor responder por ella.

Junto con lo anterior, hay autores que consideran aplicable en este supuesto la matización que, en un supuesto muy similar, realiza el artículo 1896-II del Código civil. Este precepto, referido al que de mala fe acepta un pago que sabe que no le corresponde, establece el deber de restitución de lo indebidamente cobrado, así como la responsabilidad del *accipiens* de mala fe por cualquier tipo de pérdida o menoscabo de la cosa, si bien se matiza que «No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó». En contra de esta “suavización” del traspaso de riesgos, parece manifestarse DÍEZ PICAZO para quien estas consideraciones «no cuadran bien con la claridad de la letra de la ley y suponen que el caso fortuito guarda alguna relación con el hecho de que la cosa continuara encontrándose en poder del deudor, cuando, por lo menos originariamente, era su conducta reproachable la razón de la traslación de los riesgos».

La indemnización de daños

la indemnización de los daños que el retraso pueda provocar al acreedor, es una aplicación concreta de la idea de responsabilidad civil contractual y por lo tanto nos remitimos a lo que, al respecto, se dirá con carácter general en la sección 3.5 del presente tema (páginas 27 y ss.). De momento sólo diremos que esta indemnización, como cualquier otra indemnización, requiere, claro está, que el retraso haya ocasionado un daño y que el acreedor pruebe su existencia y cuantía.

Una excepción a la necesidad de probar la existencia y cuantía del daño se encuentra en las obligaciones pecuniarias. En ellas se entiende que el daño que el retraso provoca al acreedor consiste en haberse visto privado del dinero y de sus frutos, los cuales, como ya se sabe, son los intereses. De ahí que el artículo 1108 del Código civil señale que *«si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal»*.

Este precepto, que en principio constituye una ventaja para el acreedor de obligaciones pecuniarias, porque le exime de probar la concurrencia y cuantía del daño, puede sin embargo convertirse en un inconveniente cuando el daño haya sido superior a los intereses; como si, por ejemplo, la falta de liquidez originada por el impago, haya hecho al acreedor incurrir en concurso de acreedores. Debe además tenerse en cuenta que en la determinación anual del interés legal del dinero el Gobierno puede perseguir alguna finalidad de política económica que lleve a que su cuantía se aleje de los daños reales. Por ejemplo: en épocas de fuertes presiones inflacionarias, un interés legal del dinero bajo, en cuanto provoca que las obligaciones que se deban revalorizar anualmente, no lo hagan en demasía, puede ser un arma eficaz de política económica para combatir la inflación. Pero si así se hace los acreedores de deudas pecuniarias quedarían perjudicados (salvo que se hubieran pactado intereses moratorios por encima del legal del dinero).

El problema es que, del tenor del artículo 1108 parece desprenderse una automaticidad en su aplicación que impediría que el acreedor pudiera reclamar daños superiores a la cuantía de los intereses. El artículo 1108, desde luego, no parece permitirlo. Tal vez el 1107-II pudiera autorizar tal pretensión, pero dicho precepto sólo es aplicable cuando el retraso sea debido a dolo del deudor.

2.1.5. Otras cuestiones relacionadas con la mora

La llamada «mora creditoris»

El Código civil refiere la mora exclusivamente al deudor. La doctrina, sin embargo, admite que en ocasiones el retraso puede ser debido a la falta de cooperación del acreedor que se niega injustificadamente a aceptar el pago que se le ofrece, en cuyo caso —se dice— habría, no una «mora debitoris» sino una «mora creditoris» cuyos efectos serían similares a los de la mora del deudor: el riesgo de imposibilidad sobrevenida se traspasaría al acreedor y serían de su cuenta los mayores gastos que pueda ocasionar la liberación del deudor.

Como ya se estudió en la lección 8ª, en el régimen jurídico de la consignación se establece expresamente ese segundo efecto (art. 1179) y en cuanto al primero, aunque no está expresamente previsto con carácter general, si hay varios preceptos concretos basados en esta idea (por ej., arts. 1185 o 1589 del CC), la cual, por otra parte, parece derivarse de las reglas generales de la buena fe y de la responsabilidad civil.

La cesación de la situación de mora

En Derecho romano el deudor en mora podía dejar de estar en tal situación si realizaba una oferta integral de pago (*purgatio moræ*) y aunque el Código civil no recoge expresamente esta posibilidad no se ve inconveniente en admitirla. De hecho si el deudor en mora realiza el ofrecimiento de pago y el acreedor se niega a aceptarlo, se produciría una situación de «mora creditoris» que se superpondría sobre la previa mora del deudor. El riesgo de la pérdida pasaría ahora al acreedor y el deudor debería indemnizar sólo los daños ocasionados por la parte del retraso de que es responsable, pero no por el resto.

El artículo 1185 CC —por su parte— contempla un supuesto muy parecido a lo que se acaba de indicar: el ladrón que debe restituir la cosa robada, responde si ésta se pierde por caso fortuito (ya que *fur semper in mora est*), salvo que “ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla”; es decir: la mora del deudor cesa cuando empieza la del acreedor.

Otras causas que provocarían el cese en la situación de mora serían el pago, la concesión de plazo adicional por el acreedor o la novación de la obligación.

2.2. El cumplimiento defectuoso y sus consecuencias

2.2.1. Supuestos en que se produce cumplimiento irregular

Es cumplimiento defectuoso, o cumplimiento irregular, aquel que no se ajusta a los principios que deben regir el pago y, por lo tanto, no sirve para liberar al deudor ni extingue la obligación. Esto puede ocurrir:

1. Por infracción del principio de identidad: El deudor no realiza la prestación debida, sino otra distinta. En estos casos se habla de *aliud pro alio*; expresión que literalmente se refiere a las obligaciones de dar, pero que se puede en realidad aplicar a cualquier otra obligación: el deudor no entrega (o hace) la cosa debida, sino otra distinta.

En obligaciones de dar, el *aliud pro alio* se refiere a si se entrega o no la cosa que se debía. No hay, por lo tanto, *aliud pro alio* si lo que se entrega es la cosa que se debía, pero esta resulta ser defectuosa. Ese es un problema que tiene una regulación específica que se estudiará a propósito de la compraventa (el saneamiento por vicios ocultos). Ahora bien: si la cosa que había que entregar era genérica, y se elige un ejemplar defectuoso, entonces quizás si pudiera hablarse de *aliud pro alio* en el sentido de que la cosa que se eligió para entregar no reunía las características que debía reunir: en las obligaciones genéricas

el objeto de la prestación se determina por su pertenencia a un género y, en principio, cabe suponer que el género está constituido por los ejemplares no defectuosos. O, quizás, pudiera acaso pensarse que los ejemplares defectuosos son de inferior calidad que los no defectuosos, y, según el artículo 1167 CC, el deudor no puede pretender pagar una obligación genérica entregando la calidad inferior.

Si a simple vista podía apreciarse que la cosa que el deudor entregó al acreedor no era la que se debía, la aceptación por el acreedor de dicha entrega debería en principio interpretarse como el consentimiento a una dación en pago, por lo que no habría cumplimiento irregular sino, más bien, un subrogado del cumplimiento que produciría la extinción de la obligación. Aunque la cuestión depende de las circunstancias concretas de cada caso y de cómo haya que interpretar lo que las partes dijeron e hicieron.

2. Puede considerarse un caso concreto de *aliud pro alio*, y, por lo tanto, una infracción del principio de identidad del pago, en las obligaciones de hacer, cuando no se hace correctamente, según un estándar objetivo de calidad, aquello que había que hacer.
3. Por infracción del principio de integridad, habría cumplimiento irregular si el deudor cumple con la obligación principal pero deja de cumplir alguna de las obligaciones accesorias o secundarias, o si el deudor, en una obligación de hacer, no hace todo lo que debería haber hecho.

Tratándose de una obligación de dar cierto número o cantidad de cosas, no es posible que haya cumplimiento irregular por infracción del principio de integridad del pago, porque este principio se combina con el de indivisibilidad y se traduce en que el acreedor no tiene por qué aceptar el pago que no sea íntegro. Pero si lo acepta, el pago vale, aunque sólo sea parcialmente. Por ello en estos casos la falta de integridad no se traduce en un “cumplimiento irregular” sino en un “cumplimiento incompleto” que extingue una parte de la obligación, pero deja vigente aquella que todavía no se ha pagado.

4. Por inexactitud o inadecuación de los sujetos del pago. Por ejemplo: si, tratándose de una obligación de hacer fungible, el pago lo realiza una persona distinta del deudor; o si se paga a un acreedor menor de edad o con una discapacidad (en los términos del art. 1163 CC), o se paga a persona distinta del acreedor fuera de los casos previstos en los artículos 1162 a 1164.
5. Por inexactitud en lo relativo al lugar del pago.
6. Si el pago, aún teniendo los sujetos adecuados, y ajustándose al principio de identidad y de integridad, por alguna otra circunstancia, no resulta «válido». Como ocurriría, por ejemplo, en un pago que fuera contrario a los artículos 1160 o 1165 (véase, respecto de estos preceptos, lo dicho en la lección 7ª).

Gran parte de estos supuestos ha sido analizada en las lecciones precedentes y a ellas nos remitimos.

2.2.2. Las consecuencias del cumplimiento defectuoso

En principio el cumplimiento defectuoso, en cuanto no vale como cumplimiento, no libera al deudor. Pero eso no significa necesariamente que nos encontremos ya ante un incumplimiento definitivo: si el cumplimiento correcto sigue siendo posible, y sigue siendo apto

para satisfacer el interés del acreedor, no habría incumplimiento definitivo sino simple retraso, aunque el conato de cumplimiento defectuoso puede ser suficiente, en algunas ocasiones, para justificar que el acreedor pierda confianza en las cualidades del deudor para cumplir y, en consecuencia, esté justificado, conforme a la buena fe, el que éste pierda interés en que la prestación sea cumplida por el deudor, lo que nos llevaría al terreno del incumplimiento definitivo.

La cuestión no se puede resolver con carácter general y cada caso deberá ser analizado individualmente.

El cumplimiento irregular plantea, además, algunos problemas adicionales:

- (a) De acuerdo con el artículo 1098-II CC, tratándose de una obligación de hacer (y también, según el artículo 1099, en una obligación de no hacer), el acreedor, además del cumplimiento correcto, podrá solicitar que se deshaga lo mal hecho, a costa del deudor.

Ello, claro está, sólo en el caso de que el acreedor tenga interés legítimo en que se deshaga lo mal hecho; interés que en principio cabe suponer que se tendrá cuando lo que se hizo mal quedó incorporado a alguna cosa propiedad del acreedor, o sobre la persona del propio acreedor (por ejemplo, un tatuaje mal hecho).

- (b) Tratándose de obligaciones de dar, el acreedor deberá restituir al deudor lo que le dio indebidamente pues, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto del acreedor que se quedaría con la cosa debida y con la que se le entregó inicialmente.

2.3. Incumplimiento definitivo

Se dice que hay incumplimiento definitivo en aquellos casos en los que el deudor no ha cumplido en su momento y, además, dadas las circunstancias y la índole de la prestación debida, resulta que ya no puede cumplir, como ocurriría, por ejemplo, si la prestación se ha hecho imposible (por culpa del deudor, o estando este en mora, o en cualquiera de las restantes circunstancias que evitan la exoneración del deudor por imposibilidad sobrevenida); o si, habiéndose obligado el deudor a entregar la misma cosa a dos personas distintas, la ha entregado ya a una de ellas, caso este en el que es evidente que no podrá entregarla también a los restantes acreedores.

A los supuestos en los que ya no es físicamente posible el cumplimiento, se equiparan aquellos otros en los que, aunque la prestación podría tener lugar, ésta ya no es apta para satisfacer el interés del acreedor, lo que ocurriría, por ejemplo:

- 1º En los casos de término esencial (ver lección 5ª).
- 2º Cuando, ante el retraso del deudor, el acreedor encarga la misma prestación a otra persona, en cuyo caso el cumplimiento del primer deudor deja de tener interés para el acreedor.
- 3º Cuando el retraso del deudor llega a ser tan importante que, de acuerdo con la buena fe, es razonable admitir que el acreedor pierda interés en un cumplimiento tan tardío.

- 4º Cuando la actuación negligente del deudor justifica que, de acuerdo con la buena fe, el acreedor deje de querer que la prestación sea cumplida por ese deudor.

En todos estos casos puede hablarse de “frustración del fin del negocio” o de “frustración del fin de la obligación” que es la que justifica objetivamente que el acreedor pierda interés en la prestación.

A los supuestos mencionados de incumplimiento definitivo, en ocasiones se añade el de la manifestación por el deudor de una voluntad inequívocamente rebelde al cumplimiento. En estos casos, se dice, no es razonable hacer esperar al acreedor y en tal sentido hay abundante jurisprudencia que, en estos casos, justifica la solicitud, por parte del acreedor, de la *resolución* (véase la sección 3.4), en el caso de que se tratara de una obligación sinalagmática.

3. Las consecuencias del incumplimiento

3.1. Remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento

Desde el momento en que la obligación deviene exigible y no es atendida por el deudor, el acreedor podrá:

- 1º. Solicitar el cumplimiento forzoso de la obligación o, si este no fuera posible o conveniente, el cumplimiento por equivalente.
- 2º. Solicitar una indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1101 del CC).

Estos dos remedios (en realidad tres, si se distingue entre cumplimiento forzoso y cumplimiento por equivalente) constituyen, por lo tanto, los que podríamos llamar remedios «generales», a disposición de cualquier acreedor en cualquier momento desde que la obligación debió ser cumplida y no lo fue, aunque, en relación con la obligación de indemnizar, la cuantía de la indemnización variará según se trate de simple retraso, o incumplimiento definitivo.

Si la obligación era sinalagmática, y el incumplimiento puede ser calificado de “grave”, el acreedor podrá, si lo prefiere, solicitar, en lugar del cumplimiento forzoso, la resolución del contrato del que la obligación nació. La resolución es, por lo tanto, un remedio específico frente a ciertos incumplimientos.

La enumeración de remedios frente al incumplimiento que se acaba de hacer, se extrae de la lectura de los textos legales aplicables, pero no está enunciada en ninguno de ellos. Por el contrario, en los textos del *Soft Law* sí es corriente encontrar tal enumeración. En la Propuesta de Modernización del Código civil, por ejemplo, el artículo 1190 señala: «En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

Obsérvese que en este texto se recogen los remedios que se acaban de citar, y se añade un nuevo remedio: la rebaja del precio. En el Código civil la rebaja del precio no es una opción general frente al incumplimiento, sino que sólo se admite en ciertos casos que veremos en la lección de la compraventa. A la acción dirigida a rebajar el precio (en aquellos casos en los que esta opción es posible), se la denomina «*quantum minoris*».

Asimismo, en la Propuesta de Código civil de la APDC (art. 518-3) a los remedios recogidos por la PMCC se añade el de la suspensión, por el acreedor, del cumplimiento de su propia obligación, en el caso de las obligaciones sinalagmáticas. Este remedio, conocido como *exceptio non adimpleti contractus*, será estudiado en la próxima lección.

3.2. El cumplimiento forzoso

El cumplimiento forzoso es el remedio general a disposición de cualquier acreedor. Poderlo pedir forma parte del contenido del derecho de crédito: el acreedor puede exigir del deudor que realice la prestación y, si no lo hace voluntariamente, forzarle a ello siempre que, claro está, ello sea posible.

No cabe el cumplimiento forzoso cuando la prestación haya devenido imposible, o cuando consista en un hacer personalísimo, pues la dignidad de la persona no permite que se la condene a trabajos forzados. Pero si la prestación consiste en un hacer no personalísimo, el cumplimiento forzoso consistirá, tal y como señala el artículo 1098 CC, en contratar a otra persona para que lo haga, a costa del deudor.

La regulación que el Código civil hace del cumplimiento forzoso es bastante parca y fragmentaria (apenas los artículos 1096 y 1098). La regulación que de esta misma cuestión ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta bastante más completa. A ella se hizo referencia en la lección 4ª, y allí nos remitimos.

3.3. El cumplimiento por equivalente

En los casos en los que el cumplimiento forzoso propiamente dicho no sea posible, éste se puede sustituir por el llamado «cumplimiento por equivalente» que consiste en la entrega, en lugar de la prestación debida, de una cantidad de dinero igual al valor objetivo de la prestación.

El cumplimiento por equivalente procede, por lo tanto,

- 1º En los casos en que, aunque la prestación se ha hecho absolutamente imposible, tal circunstancia no ha provocado la extinción de la obligación (por estar el deudor en mora, o ser su culpa la que originó la imposibilidad, haber nacido la obligación como consecuencia de un delito...).
- 2º Si la obligación consistía en la entrega de una cosa determinada y el deudor no la tiene en su poder.
- 3º Si la obligación consistía en un hacer personalísimo que sólo el deudor puede realizar, y éste se niega a hacerlo.

Pero, además de en estos tres supuestos, se admite también el cumplimiento por equivalente en otros casos en los que aunque el cumplimiento específico es teóricamente posible, se considera que es legítimo que el acreedor prefiera recibir dinero en lugar de la prestación. Así:

- 1º Tratándose de obligaciones de dar cosa genérica distinta del dinero, en las que siempre es posible adquirir las cosas a costa del deudor (cumplimiento forzoso), el artículo 702.2 de la LEC señala que “si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo se determinará el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante...”.
- 2º Tratándose de una obligación de hacer fungible, el artículo 706.1 LEC señala: “Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios”.
- 3º Aunque el artículo 706.1 LEC permite al acreedor solicitar la indemnización sólo si el deudor no realiza la prestación en el plazo que el tribunal le haya señalado tras la condena, en la práctica se admite que el acreedor en estos casos, directamente pida que la condena sea, no a hacer, sino a pagar el equivalente pecuniario.

Si el cumplimiento por equivalente es verdadero cumplimiento, o si, por el contrario, constituye indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, es cuestión muy debatida en la doctrina. Los propios textos legales no siempre son claros y así, por ejemplo, mientras el 702.2 de la LEC habla de “equivalente pecuniario”, el 706.1 del mismo texto legal, en un supuesto no muy distinto, habla de “reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios”.

La diferencia práctica fundamental entre considerar una cosa o la contraria se encuentra en los requisitos de la indemnización de daños y perjuicios. Tal y como más arriba se dijo (epígrafe 1.3) para la tesis objetiva del incumplimiento (mayoritaria hoy día) el acreedor tiene derecho a la prestación con independencia de que el incumplimiento sea o no imputable al deudor; pero para solicitar una indemnización de daños, sí se exige, en general, la imputabilidad al deudor (como veremos en el epígrafe 3.5), de donde resulta que considerar que el cumplimiento por equivalente es un supuesto de responsabilidad civil, o bien se traduce en negar esta consecuencia cuando el incumplimiento no sea imputable al deudor, o en considerar que la responsabilidad civil no requiere la imputabilidad al deudor del incumplimiento, afirmaciones ambas que van en contra de la doctrina mayoritaria.

3.4. La resolución de las obligaciones sinalagmáticas

Tratándose de una obligación sinalagmática, uno de los efectos que puede producir el incumplimiento de uno de los deberes de prestación es el de que la otra parte que cumplió, o que estaba dispuesta a cumplir, podrá si lo prefiere solicitar la resolución del contrato, tal y como señala el artículo 1124 del Código civil, según el cual *«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.- El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible»*.

3.4.1. Concepto, naturaleza jurídica y función de la facultad resolutoria

La resolución es un tipo de ineficacia sobrevenida en virtud del cual un acto o negocio válido que nació con todos sus requisitos deja de producir efectos como consecuencia de un hecho producido con posterioridad que puede ser bien el cumplimiento de una condición a cuyo acaecimiento se había asociado por las partes el cese en los efectos del acto (condición llamada, por ello, *resolutoria*), bien el incumplimiento por alguna de las partes en un contrato sinalagmático.

A la posibilidad de resolver las obligaciones sinalagmáticas por incumplimiento se la denomina “facultad resolutoria”. Con ello se quiere hacer hincapié en que la resolución no es nunca un efecto automático del incumplimiento de una de las partes, sino que, ante el incumplimiento de una de ellas, se concede a la otra la “facultad” de decidir qué prefiere: si solicitar el cumplimiento forzoso, manteniendo la obligación en su integridad, o desligarse ella misma de la obligación dejándola sin efecto.

Históricamente la resolución se asociaba siempre al cumplimiento de una condición resolutoria y, de hecho, el artículo 1124 del Código civil se ubica, sistemáticamente, dentro de la regulación de las condiciones, y en este sentido la doctrina decimonónica a la que hoy llamamos “resolución por incumplimiento” la llamaba “condición resolutoria tácita” asumiendo que su fundamento era el de que todo contrato bilateral quedaba tácitamente sometido a la condición resolutoria de que ambas partes cumplieran con sus obligaciones; idea esta que resulta claramente acogida por el Código civil, como se demuestra por la ubicación sistemática del artículo 1124 y por su párrafo inicial donde se empieza diciendo que la facultad resolutoria “se entiende implícita”.

Pero hoy en día no se considera que la resolución por incumplimiento sea una auténtica “condición tácita”, sino que, a la vista del tenor del artículo 1124 CC se trata de un efecto legal dirigido a proteger a la parte cumplidora en una obligación sinalagmática. Se diferencia de la condición propiamente dicha por su contenido y por su mecanismo de funcionamiento: la condición es un suceso futuro e incierto del que se hacen depender los efectos de un negocio y cuando se cumple los efectos se desatan (en la condición suspensiva) o se deshacen (en la resolutoria) de manera automática. La facultad resolutoria, por el contrario, no depende de un suceso futuro e incierto sino de la conducta de una de las partes, la cual, además, es una conducta debida. A lo que hay que añadir que la facultad resolutoria —a diferencia de las verdaderas condiciones— no funciona de forma automática, sino que una vez que se produce el presupuesto de la resolución —el incumplimiento de una de las partes— se deja en manos de la otra decidir si prefiere dejar el contrato sin efecto, o reclamar el cumplimiento forzoso.

El fundamento de esta facultad está relacionado con la interdependencia propia de las obligaciones sinalagmáticas en las que, para cada parte del contrato, la causa de la propia obligación se encuentra en la obligación de la otra parte. De tal modo que si una de ellas no se cumple la otra queda sin causa.

Así las cosas, la facultad resolutoria funciona como una especie de mecanismo de defensa de la parte que cumplió, o que estaba dispuesta a cumplir, frente al incumplimiento de la otra parte. Porque si no existiera la posibilidad de resolver, se estaría obligando a la parte dispuesta a cumplir a realizar ella misma una prestación sin tener la certeza de que obtendrá a cambio la contraprestación de la otra parte, y habiendo incluso indicios de que ello le costará trabajo: pues si la otra parte ya ha incumplido, para obtener la contraprestación habría que pedir el cumplimiento forzoso, el cual es siempre incierto que se vaya a obtener, ya que es posible que el incumplidor resulte ser insolvente en el momento de la ejecución. El que está dispuesto a cumplir se encuentra, por lo tanto, con que tiene que realizar una prestación cuya causa es la contraprestación de la otra parte, sin tener la seguridad de que obtendrá esa contraprestación, y con razones para suponer que obtenerla le llevará mucho más tiempo, molestias y gastos, de lo inicialmente previsto.

Precisamente para evitar que el dispuesto a cumplir se vea en esa situación, es para la que se le concede la facultad resolutoria: se le permite que, si así lo prefiere, deshaga los efectos del contrato, se libere de su propia obligación y, eventualmente, si ya había pagado, recupere lo que él dio.

3.4.2. Los requisitos de la resolución

Del párrafo primero del artículo 1124 se desprenden los dos primeros requisitos de la resolución: (1) que se trate de una obligación sinalagmática y (2) que una de las partes no cumpla lo que le incumba, lo que la jurisprudencia enuncia diciendo que debe haberse producido un “incumplimiento resolutorio”. A estos dos requisitos la jurisprudencia añade, como requisito adicional, (3) que quien pide la resolución haya cumplido con todas sus obligaciones.

Dejando de lado el primer requisito, que no parece requerir mayores explicaciones, veamos los otros dos:

I. El incumplimiento resolutorio

Aunque el artículo 1124 del CC exige simplemente que una de las partes no haya cumplido lo que le incumbe, desde antiguo la jurisprudencia viene matizando que sólo los incumplimientos graves y esenciales pueden justificar la resolución. Ha de ser un incumplimiento con la suficiente entidad como para frustrar la finalidad del contrato.

Hasta la última década del pasado siglo la jurisprudencia venía exigiendo un “incumplimiento grave y culpable de una obligación principal”, o “una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, lo que aportaba un matiz subjetivista a la resolución: sólo el incumplimiento imputable podía provocarla. En este sentido puede citarse la STS de 31 de octubre de 1951 (RJ 2364) donde se afirma que no «*procede resolver vínculos obligacionales, según reiteradas declaraciones de esta Sala, mientras no conste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*».

A partir de 1990 la jurisprudencia empezó a abandonar el tono subjetivista. Puede en este sentido leerse la STS de 18 de julio de 2012 (RJ 9332) donde afirma el TS: «*Para facultar la resolución unilateral en las obligaciones recíprocas, a instancia de quien no incumplió o incumplió justificadamente, la jurisprudencia exige que el incumplimiento revista cierta entidad, y así la sentencia 210/2008, de 14 de marzo, exige el incumplimiento grave, de “una obligación principal dentro de la economía del contrato”; y, en la 223/2011, de 12 de abril, con cita de numerosas anteriores, que se trate de un incumplimiento caracterizado como “verdadero y propio”, “grave”, “esencial”, “que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato”, “la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico”*».

Obsérvese que ya no se hace ninguna referencia a la hipotética culpabilidad o imputabilidad del deudor, ni a ninguna “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”.

La gravedad del incumplimiento queda a la libre apreciación de los tribunales lo cual, en algunos casos, genera cierta dosis de impredecibilidad. Un caso particularmente difícil de predecir es el del retraso en el cumplimiento. La teoría es siempre la misma: un retraso sin importancia no tiene suficiente entidad para provocar la resolución (salvo que se tratara de una obligación sometida a término esencial) pero un retraso grave sí. Lo que ocurre es que mientras hay sentencias que consideran grave un retraso de dos o tres meses, otras, ante supuestos muy similares, consideran “razonable” un retraso de cerca de un año.

La vieja jurisprudencia exigía, además, que el incumplimiento lo fuera de una obligación principal, excluyendo la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias. Hoy día no se insiste en ese punto, aunque la exigencia de que el incumplimiento sea “grave” y tenga la suficiente entidad como para frustrar el fin del negocio hace difícil —pero no imposible— que el incumplimiento de una obligación meramente accesorial pueda tener la suficiente entidad.

En todo caso la solución deberá determinarse en cada caso, a la vista de las circunstancias, y teniendo en cuenta la total composición de intereses que constituía el contrato.

II. El previo cumplimiento (o el no incumplimiento) de quien solicita la resolución.

Como ya sabemos, en una obligación sinalagmática en la que no se haya pactado una disociación del momento del cumplimiento de cada una de las partes, hasta que una de ellas cumple, no incurre la otra en mora (cfr. art. 1100-III), y, no habiendo ni siquiera mora, no puede —parece— haber incumplimiento, y mucho menos un incumplimiento grave.

De lo anterior se desprende que, en principio, podría solicitarse la resolución en los siguientes dos supuestos:

1. Cuando una de las partes ya ha cumplido y la otra se niega a cumplir o, de alguna otra manera, incurre en incumplimiento grave.
2. Cuando, aunque ninguna de las partes haya cumplido, se pactó una disociación temporal en el cumplimiento de ambos, de tal manera que el primero que debía cumplir, no cumple. En este caso la otra parte, aunque no haya cumplido todavía, porque aún no le era exigible, podría también solicitar la resolución.

Ahora bien: lo anterior, aunque totalmente coherente con la naturaleza de las obligaciones sinalagmáticas, tiene el inconveniente de que, en el caso de que una de las partes manifieste su voluntad incumplidora, impide a la otra, que aún no ha cumplido, solicitar la resolución, salvo que previamente cumpla arriesgándose así a no poder recuperar lo que dé. Por ello, en muchas ocasiones, con apoyo en el hecho de que, para un supuesto similar el artículo 1100-III habla de la parte que ha cumplido “o se allana a cumplir”, se admite la solicitud de resolución de quien todavía no ha cumplido, siempre y cuando exista una justificación para que aún no lo haya hecho.

La jurisprudencia suele enunciar este requisito diciendo que para la resolución se exige que la parte que la pida “haya cumplido ya con todas sus obligaciones” lo que, como acabamos de ver, no es totalmente cierto. Lo que se exige en realidad es que quien la pida no haya incumplido con ninguna de sus obligaciones.

Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia tiende a ser muy estricta con este requisito de tal modo que si quien pide la resolución ha dejado de cumplir alguna de sus obligaciones, aunque ésta fuera meramente accesorio, la resolución será normalmente denegada a no ser que, como se acaba de decir, exista una razón que justifique ese no cumplimiento.

3.4.3. Efectos de la resolución

I. La ineficacia sobrevenida

La resolución provoca una ineficacia sobrevenida: el contrato, que era válido y eficaz, deja de serlo y los efectos que se habían producido ya, se deshacen retroactivamente, lo que significa que las partes quedan liberadas de las obligaciones pendientes y, respecto de las que ya se habían cumplido, deberán restituirse, recíprocamente, las prestaciones recibidas.

Pero aunque así lo manifiestan con frecuencia la jurisprudencia y la doctrina, lo cierto es que la regla de la *retroactividad* de la resolución sólo es plenamente aplicable en contratos en los que ambas partes se obligan simplemente a un dar como ocurre en la compraventa o en la permuta, pues deshacer los efectos del «dar» es tan sencillo como restituir lo que se recibió. Pero cuando las prestaciones tienen otra naturaleza la retroactividad se torna mucho más difícil y, en ocasiones, desaparece.

Para el caso concreto de que se trate de obligaciones de tracto sucesivo, la jurisprudencia suele afirmar que la resolución produce efectos «*ex nunc*», es decir: sólo hacia el futuro, manteniéndose las prestaciones ya realizadas y sin perjuicio de la posible indemnización de daños y perjuicios.

La restitución, por otra parte, cuando deba tener lugar, ha de ser de la cosa entregada con sus frutos e intereses, aunque si una de las partes no pudiera restituir lo que recibió, por no tenerlo ya en su poder, deberá entregar su valor. Asimismo si la cosa hubiera recibido desperfectos, o se hubiera mejorado durante el periodo en que la tuvo en su poder quien ahora debe restituirla, se aplicará el artículo 1122 CC.

II. La indemnización de daños y perjuicios.

El párrafo segundo del artículo 1124 señala que el perjudicado por el incumplimiento de la otra parte «podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

Esta indemnización, como cualquier otra indemnización, requiere, claro está que haya habido algún daño adicional al de la prestación no recibida.

Para la doctrina clásica el daño indemnizable es además distinto según el perjudicado escoja el cumplimiento forzoso o la resolución:

- (a) Si se escoge el cumplimiento forzoso, el daño a indemnizar es el que haya causado el retraso y la necesidad de acudir a los tribunales para obtener el cumplimiento. Para calcularse se compara el patrimonio que tiene el perjudicado con el que tendría en el caso de que la otra parte hubiera cumplido correctamente en su momento. A este daño se le suele llamar “interés contractual positivo”.
- (b) Si se escoge la resolución, como esta provoca la ineficacia del contrato, el daño a indemnizar es el causado por haber realizado un contrato que, debido a la actitud de la otra parte, ha habido que declarar ineficaz. En consecuencia, para calcularlo, se compara el patrimonio del perjudicado con el que tendría si no hubiera llegado a realizar tal contrato. A este daño se le suele denominar “interés contractual negativo”.

Pero esta opinión hoy día se encuentra bastante discutida y, de hecho, la doctrina mayoritaria actualmente defiende la satisfacción del interés de cumplimiento, restando de él, claro está, el valor de la prestación de la que el que pide la resolución se libera o que se le restituye.

En cuanto a la jurisprudencia, no es fácil saber lo que hace pues normalmente no distingue entre ambos intereses contractuales (positivo y negativo) y, además, a la hora de fijar una indemnización, no suelen los tribunales concretar con qué elementos ha sido determinada, por lo que lo normal es que no se pueda saber si se ha condenado a pagar el interés contractual positivo o el negativo.

3.4.4. Los pactos sobre la resolución

Es posible y relativamente frecuente que las partes hayan incluido en el contrato algún pacto relativo a su posible resolución:

- (a) Las partes pueden, en uso de su autonomía privada, ampliar o reducir los supuestos que producirían la resolución. Puede pactarse, por ejemplo, que el incumplimiento de una

prestación accesoria permitirá solicitar la resolución, o que el tiempo del pago es esencial, por lo que incluso un pequeño retraso justificaría la resolución.

- (b) Es posible, asimismo, que las partes hayan modulado contractualmente las consecuencias de la resolución: fijado de antemano la indemnización, establecido un plazo para solicitarla, etc.

En principio todos estos pactos son válidos y eficaces, si bien hay que señalar que cuando el pacto se limita a repetir lo que ya señala el artículo 1124 los tribunales tienden a ignorarlo.

De hecho, no son sólo los pactos que se limitan a repetir lo que ya dispone el artículo 1124 los que tienden a ser ignorados por la jurisprudencia. Un examen detenido de la misma llevaría a considerar que hay otros pactos que raramente se aplican como, por ejemplo, el pacto comisorio⁴, tal vez porque el artículo 1504 del Código civil prácticamente vacía de contenido este tipo de pactos en la compraventa de inmuebles.

3.4.5. El plazo para la interposición de la solicitud de resolución

El Código civil no asigna plazo de prescripción específico para la acción de resolución, por lo que, en principio, pudiera pensarse que es de aplicación el artículo 1964.2 que asigna, como plazo general para la prescripción de aquellas acciones para las que no se haya previsto ningún plazo especial, el de 5 años. Así lo señala la generalidad de la doctrina, y así lo ha dicho en bastantes ocasiones el Tribunal Supremo.

Téngase en cuenta, no obstante, que el plazo general sólo es de 5 años desde 2015; antes de dicha fecha el plazo general de prescripción de las acciones personales era de 15 años. El que fuera un plazo tan largo y, sobre todo, tan diferente del establecido en general para las acciones de ineficacia (que suele ser de 4 años) llevo a algunos autores a, con argumentos bastante convincentes, sostener que el plazo de prescripción de esta acción debería ser de cuatro años. Los argumentos siguen siendo igual de convincentes, pero la cuestión ya no es de tanto interés una vez que el plazo general de prescripción se ha rebajado a los 5 años.

3.5. La indemnización de daños y perjuicios: La llamada responsabilidad civil contractual

3.5.1. Concepto de responsabilidad civil contractual

Se llama “responsabilidad civil contractual” a la obligación consistente en indemnizar los daños causados por el incumplimiento de una obligación o por su cumplimiento defectuoso.

La responsabilidad civil contractual es una manifestación concreta de un fenómeno más amplio denominado “responsabilidad civil” y que consiste en la genérica obligación de reparar el daño causado a otro. Cuando el hecho que causa el daño consiste en el incumplimiento de una obligación, a la responsabilidad resultante se la llama “contractual” y, en los demás casos, a la responsabilidad civil se la denomina “extracontractual” o “aquiliana”. En la lección 13 (y en la optativa llamada “Responsabilidad civil”) se estudiará la responsabilidad civil extracontractual, y, a propósito de la misma, se analizarán con cierto detenimiento los requisitos, fundamento,

⁴Son varios los pactos que reciben el nombre de “pacto comisorio”. En este caso nos referimos al pacto de resolución automática de la compraventa por falta de pago del precio, o por falta de pago de algún plazo del precio. Este pacto se explica en Civil IV, a propósito del contrato de compraventa y del art. 1504 CC.

presupuestos y extensión de la responsabilidad civil en general. En esta lección sólo se estudiarán los aspectos de la responsabilidad civil más directamente relacionados con el incumplimiento de las obligaciones.

La denominación “responsabilidad civil contractual” responde al hecho de que la mayor parte de las obligaciones tienen un origen contractual. Pero en realidad es incorrecta, porque como lo que ocasiona la obligación de indemnizar es el incumplimiento de una “obligación” (sea de origen contractual o no) sería más adecuada llamarla “responsabilidad civil obligacional”. Aún así la denominación “contractual” está consagrada por el uso y es la que usaremos en adelante.

La obligación de indemnizar los daños que al acreedor le suponga el incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades (mora, incumplimiento absoluto, cumplimiento defectuoso) es una de las consecuencias generales de todo incumplimiento, tal y como expresamente señala el artículo 1101 del Código civil, según el cual: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

La indemnización consiste siempre en una cantidad de dinero igual al perjuicio patrimonial que el acreedor haya podido sufrir. Por ello, en muchas ocasiones, dado que el cumplimiento por equivalente consiste también en una cantidad de dinero, se considera que éste último forma parte de la indemnización. Otros autores, por el contrario, prefieren considerar que el cumplimiento por equivalente, en cuanto representa el valor de la prestación, es una modalidad del cumplimiento forzoso, mientras que, en sentido estricto, la indemnización de daños y perjuicios se refiere a los daños adicionales que el incumplimiento haya podido ocasionar.

Esta discusión es, en parte, meramente terminológica; pero también puede tener trascendencia conceptual. Desde un punto de vista terminológico, es perfectamente defendible la afirmación de que el cumplimiento por equivalente constituye una indemnización de daños y perjuicios y, de hecho, se la podría considerar incluida en el artículo 1101 del Código civil.

Ahora bien: desde el punto de vista conceptual, considerar que el cumplimiento por equivalente es indemnización de daños, implica someterlo al régimen general de la responsabilidad civil establecido por los artículos 1101 y siguientes CC, el cual, como en seguida veremos, presupone la imputabilidad al deudor del incumplimiento. Por ello no es de extrañar que desde una perspectiva “subjetiva” del incumplimiento, se considere que el cumplimiento por equivalente forma parte de la indemnización, mientras que, desde una perspectiva “objetiva” se tienda a considerar lo contrario. Recuérdesse lo que al respecto se dijo en el apartado 1.3 de la presente lección.

3.5.2. Los presupuestos de la responsabilidad civil contractual

De los artículos 1101 y siguientes del Código civil, se deduce que para que el acreedor pueda reclamar una indemnización del deudor, es preciso que concurren los siguientes presupuestos de la responsabilidad civil contractual:

1. Debe, en primer lugar, haberse producido algún tipo de **incumplimiento**. El artículo 1101 expresamente menciona la “morosidad” (es decir, el retraso jurídicamente relevante) o cualquier otra “contravención del tenor” de la obligación, es decir: un cumplimiento inexacto, así como, por supuesto, el incumplimiento absoluto.
2. Se exige, además, que dicho incumplimiento haya causado al acreedor un “daño”. Lo que, en realidad, implica dos presupuestos distintos: Hace falta, en primer lugar, un “**daño**”, propiamente dicho y se exige, además una **relación de causalidad** entre el

incumplimiento y el daño, es decir: no basta con que haya un daño, sino que es imprescindible que pueda considerarse que el daño ha sido causado precisamente por el incumplimiento.

3. Es preciso, por último, que el incumplimiento (o sea: el hecho generador del daño) sea **imputable** al deudor.

El primero de los presupuestos —el incumplimiento— ya lo hemos desarrollado en la primera parte de la lección. De la relación de causalidad se hablará con cierto detenimiento en la lección 13, a propósito de la responsabilidad civil extracontractual. A continuación analizaremos el requisito del daño y el de la imputabilidad.

I. El daño, como presupuesto de la responsabilidad civil contractual

Consistiendo la responsabilidad civil en la “obligación de reparar un daño”, es evidente que no puede haberla si no hay un daño que reparar. Si, por ejemplo, el deudor cumple tarde, pero cumple correctamente, y el acreedor no puede probar ningún daño que sea consecuencia necesaria del retraso, éste carecerá de consecuencias.

Dependiendo del tipo de incumplimiento que haya habido el daño será distinto. En el caso más extremo, cuando haya habido un incumplimiento absoluto, el daño indemnizable incluirá:

- 1º En primer lugar el valor de la prestación propiamente dicha, es decir: el llamado *interés contractual positivo*, también llamado *id quod interest*: La utilidad que al acreedor le hubiera provocado el cumplimiento.

Respecto de la “indemnización” al acreedor de este “daño” hay que tener en cuenta que, como antes se dijo, para algunos autores se trataría de una indemnización propiamente dicha, encuadrable en el régimen general de la responsabilidad civil contractual, y para otros se trata en realidad de la forma en la que tiene lugar el cumplimiento forzoso cuando no es posible o conveniente realizarlo *in natura*; de tal manera que el régimen jurídico de este daño no se ajustaría al general de la responsabilidad civil, sino al del cumplimiento forzoso.

En general los autores para los que es requisito del incumplimiento que este sea imputable al deudor, se deberían alinear con el primer punto de vista, y aquellos otros que creen que el incumplimiento se produce, objetivamente, siempre que la prestación no se produce, con independencia de la mayor o menor culpabilidad del deudor, deberían alinearse con el segundo punto de vista. Pero esto no siempre se hace así, lo que (en opinión del autor de este tema) introduce complejidad y confusión en una cuestión ya de por sí bastante compleja.

- 2º Pero, además del valor de la prestación propiamente dicha, el acreedor tiene derecho a que se le indemnice cualquier daño adicional que la falta de cumplimiento, o su retraso, le haya podido ocasionar.

En principio es indemnizable cualquier daño que sea consecuencia necesaria del incumplimiento, incluyendo los daños morales e incluso, en ciertas ocasiones, los daños futuros, cuando sea ya evidente que se producirán.

Hay dos artículos del Código civil referentes al daño indemnizable en la responsabilidad civil contractual: Los artículos 1106 y 1107.

Daño emergente y lucro cesante (art. 1106 CC)

Según el artículo 1106 del CC, la indemnización debe cubrir tanto el valor de la pérdida que el acreedor haya sufrido como el de la ganancia que haya dejado de obtener. A estos dos componentes posibles de la indemnización se les denomina, respectivamente, daño emergente y lucro cesante:

Daño emergente: Consiste en bienes que el acreedor pierde, o gastos que se ve obligado a realizar como consecuencia del incumplimiento. Se produce, por lo tanto, una “disminución” del patrimonio del acreedor. Por ejemplo: si el deudor debía reparar una cosa y, en lugar de hacerlo, la destruye por completo; o si, hay que contratar a un tercero para que repare lo que el deudor estropeó.

Lucro cesante: El patrimonio del acreedor se perjudica no porque se vea disminuido sino porque, pudiendo haber crecido, no lo hace.

Por ejemplo: si la persona a la que contraté para que diera un concierto decide cancelarlo, el daño emergente estaría constituido por todos los gastos que se han tenido para realizar la contratación y para la publicidad del concierto: impresión y distribución de carteles publicitarios, cuñas en la radio o en la televisión, impresión de las entradas al evento, alquiler del local donde se llevará a cabo el concierto... El lucro cesante estibaría en la ganancia que yo habría obtenido vendiendo las entradas para el concierto.

Como es fácil de observar, mientras el daño emergente es relativamente fácil de probar (aportando las facturas correspondientes), el lucro cesante es bastante más impreciso, pues la mayor parte de las veces se trata de una mera estimación: ¿cuántas entradas habría vendido? La jurisprudencia es, en este punto, bastante exigente de tal modo que el acreedor no podría, sin más, suponer que habría vendido todas las entradas: debería aportar algún tipo de prueba al respecto: qué entrada media había habido en conciertos anteriores más o menos similares, en qué medida el artista en cuestión estaba o no llenando locales, etc.

La regla es que la existencia y la cuantía del daño deben ser probadas por quien demanda su indemnización.

La jurisprudencia en torno a la prueba del daño es, no obstante, muy confusa. Principalmente porque en ella no siempre se distingue entre el valor de la prestación como daño, y el resto de los daños. Hay por lo tanto sentencias que, refiriéndose al valor de la prestación, afirman que el incumplimiento supone siempre un perjuicio o daño que no tiene por qué ser probado; lo cual es cierto, sólo, respecto del *id quod interest* y, además, es sólo parcialmente cierto: no hay que probar en este caso que existe un perjuicio pero normalmente si habrá que probar cuál es su cuantía.

Influencia de la buena o mala fe del deudor en la extensión del resarcimiento (art. 1107 CC)

Establece el artículo 1107 del Código civil una diferencia respecto del daño que debe indemnizar el deudor según sea deudor de buena fe o deudor doloso. El primero —dice el precepto— deberá indemnizar tan sólo los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”. El deudor doloso, por el contrario, deberá indemnizar “todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

La interpretación de este precepto plantea bastantes problemas que aquí sólo podemos apuntar. El principal problema estriba en que no está claro quién es ese “incumplidor de buena fe” al que se refiere el párrafo 1º del precepto. Esta interpretación, a su vez, se relaciona con el problema de fondo que se nos viene planteando desde el principio de la lección: si la imputabilidad del deudor es no requisito para que haya incumplimiento.

Si nos fijamos en “el deudor de buena fe” a que se refiere el párrafo primero, podríamos llegar a la conclusión de que este artículo es un apoyo a la tesis objetiva del incumplimiento, pues en él se estaría afirmando que el “deudor de buena fe” (es decir, el que, aunque incumplió, no incurrió en dolo ni en negligencia) sólo tendría que indemnizar el valor de la prestación (los daños previsibles al constituir la obligación) mientras que el deudor doloso, es decir: aquel cuyo incumplimiento le es imputable, debería indemnizar cualquier otro daño.

Pero, frente a esta interpretación, podría pensarse que el “deudor de buena fe” del primer párrafo debe ser todo aquel deudor que no sea doloso (porque, el 2º párrafo contrapone, al deudor de buena fe, el deudor doloso); de donde resultaría que el deudor que incumple por culpa o negligencia podría ser considerado, a estos efectos, un “deudor de buena fe”, por lo que este artículo dejaría de ser argumento a favor de la tesis objetiva del incumplimiento.

La opinión más extendida entiende que el “deudor de buena fe” a que se refiere el párrafo primero es el deudor no doloso, es decir: el que, aunque incumplió, no lo hizo intencionalmente. Éste, sólo responderá de los daños que cumplan los siguientes dos requisitos:

- (a) Previsibilidad objetiva. Es decir debe tratarse de un daño que, en el momento de nacimiento de la obligación, era previsible no sólo para el acreedor, sino también para el propio deudor (o, habría debido serlo, si este hubiera actuado con la diligencia precisa). Tal previsibilidad, por otra parte, se pone en relación con la función típica y circunstancias de la concreta obligación de que se trate (a lo que, a veces, se denomina *fin de protección del contrato*).

Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa, cuya función típica es el intercambio de bienes por dinero, aunque es posible teóricamente que el retraso en el cumplimiento ocasione un daño moral, éste, en principio, no sería indemnizable por no ser previsible que un contrato con tal función típica pueda ocasionar dicho tipo de daños.

- (b) Debe tratarse, además, de daños que sean consecuencia necesaria del incumplimiento.

El deudor doloso, por el contrario (es decir: el que incumple voluntariamente la obligación), responde de todos los daños que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento; no es preciso, por lo tanto, que el daño hubiera sido previsible, sino que basta con que esté causalmente conectado con el incumplimiento.

II. La imputabilidad al deudor del incumplimiento.

Se considera que el incumplimiento es imputable al deudor cuando se debe a culpa o dolo del deudor, o cuando, aún no dándose ninguna de estas circunstancias, bien la ley, bien el propio contrato, establecieron la responsabilidad objetiva del deudor.

Recuérdese que, tal y como se viene señalando desde el principio del tema, para la doctrina clásica (incumplimiento subjetivo) la imputabilidad al deudor del cumplimiento es requisito de la propia noción de incumplimiento y, por lo tanto, es también requisito de todas las consecuencias del incumplimiento, para la doctrina más reciente (incumplimiento objetivo) la imputabilidad al deudor sólo es requisito de la indemnización de daños y perjuicios adicionales al valor de la prestación propiamente dicha.

Que la imputabilidad al deudor del incumplimiento es requisito para la responsabilidad civil contractual se deduce principalmente de los artículos 1101 y 1105 del Código civil:

El artículo 1101 hace responsables a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones «incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas», con lo que se citan cuatro circunstancias de distinta naturaleza: la morosidad y la contravención son hechos objetivos; el dolo y la negligencia implican una caracterización de la conducta del deudor. La doctrina mayoritaria entiende que la forma de compaginar la cita de cuatro circunstancias tan diferentes es entender que lo que la norma pretende señalar es que son responsables los que se retrasen o contravengan la obligación (hechos objetivos) si lo hacen por dolo o negligencia (criterios de imputación). Esta interpretación es además coherente con los antecedentes históricos de la responsabilidad civil en virtud de los cuales no se admitían casos de responsabilidad sin culpa («*pas de responsabilité sans faute*»).

El artículo 1105 por su parte resulta incluso más claro. De acuerdo con él «fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»; lo que es tanto como decir que, salvo que la ley o el contrato digan lo contrario, la regla es que nadie responderá si no pudo evitar el daño, o sea: nadie es responsable por los daños de los que no tiene la culpa.

Aunque la doctrina no es totalmente unánime en la terminología, en general a los sucesos que no han podido preverse se les denomina “casos fortuitos” y respecto de los sucesos que no se pueden evitar se suele hablar de “fuerza mayor”. Aunque hay que tener en cuenta que la línea divisoria entre el caso fortuito y la fuerza mayor no es totalmente nítida, y es relativamente corriente que doctrina y jurisprudencia usen ambos términos como sinónimos. Sobre si son o no la misma cosa y cuál puede ser la diferencia entre ellos, se volverá en la lección 13.

La responsabilidad civil basada en dolo

El dolo, en general, equivale a intencionalidad o mala fe; y por tanto se suele considerar que es deudor doloso el que no cumple (o no cumple correctamente) porque no quiere⁵.

⁵No hay, por lo tanto, que confundir este “dolo” con el que se estudió el curso pasado a propósito de los vicios de la voluntad, que se identifica más bien con la noción de engaño.

A efectos de responsabilidad civil contractual el dolo o intencionalidad se aplican al incumplimiento; no al daño propiamente dicho.

Ahora bien: dado el rigor con el que el Código civil trata al incumplidor doloso, y la relativamente poca importancia que el propio Código civil atribuye al retraso en el cumplimiento, la anterior afirmación según la cual es incumplidor doloso todo el que incumple voluntariamente se suele matizar en el sentido de que el incumplimiento consciente que consista sólo en omisión no se puede considerar doloso en tanto el cumplimiento sea todavía posible. Es decir: el simple hecho de no cumplir cuando había que cumplir, no convierte al deudor en incumplidor doloso salvo que esa falta de cumplimiento sea constitutiva de incumplimiento definitivo.

El incumplidor doloso responde, según el artículo 1107 del Código civil (que acabamos de examinar), de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Además —añade el artículo 1102— su responsabilidad es siempre exigible, y el pacto de renuncia a la acción para hacerla efectiva es nulo.

La responsabilidad civil basada en culpa

El artículo 1104 describe la noción de culpa a efectos de responsabilidad civil contractual: «la culpa o negligencia del deudor —dice— consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.— Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

La “culpa” se identifica, por lo tanto con la falta de diligencia. El deudor debe actuar con la “diligencia” que exija la naturaleza de la obligación, la cual, en principio, se asume que es la que correspondería a un “buen padre de familia”, es decir: a una persona normal y prudente. Para saber si se ha incurrido o no en culpa se debe comparar la conducta del deudor (lo que hizo, o lo que no hizo) con lo que habría hecho ese hipotético buen padre de familia.

Destaca la doctrina como, en realidad, el artículo 1104 establece hasta tres procedimientos distintos para medir cuál sea la diligencia exigible. En primer lugar se habla de la que exija la naturaleza de la obligación, lo que parece ser un criterio objetivo; en segundo lugar se alude a la que se corresponda con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que es, claramente, un criterio subjetivo y, por último, se alude a la diligencia propia de un buen padre de familia, lo que, de nuevo, es un criterio objetivo. Esta amalgama de criterios se debe a que cada uno de los párrafos del precepto se inspiró en un Código civil distinto: el párrafo primero tiene como modelo el Código civil argentino, y el párrafo segundo el Código civil francés.

En general la doctrina integra los dos modelos de medida de la diligencia, el subjetivo y el objetivo, dando prioridad al criterio del buen padre de familia, colocado en las circunstancias de personas, tiempo y lugar que se mencionan en el párrafo primero.

La doctrina tradicional afirmaba que, en responsabilidad civil contractual, la regla era la de que la culpa se presumía. Pero esa afirmación no puede hoy día sostenerse con carácter general sino que dependerá fundamentalmente del tipo de obligación de que se trate: ciertamente en muchas obligaciones, del hecho de que no haya habido cumplimiento, podrá presumirse que ello habrá sido, al menos, por culpa del deudor. Pero en las obligaciones de medios, por ejemplo, no podemos saber si hay incumplimiento si previamente no se prueba que ha habido una falta de diligencia; es decir: si no se prueba la culpa no habrá incumplimiento⁶.

⁶De las obligaciones de medios se habló en la lección 4ª, son aquellas obligaciones de hacer en las que el deudor se obliga a hacer todo lo posible para obtener cierto resultado, pero sin prometer el resultado mismo.

A diferencia de la responsabilidad basada en dolo, la acción de responsabilidad civil basada en culpa es renunciable aunque, en contratos entre empresarios y consumidores esa renuncia normalmente se considerará abusiva y será, por ello, nula. Asimismo, según el artículo 1103 del Código civil, los tribunales podrán “moderar” esta responsabilidad, es decir: en determinadas circunstancias podrán rebajar la cuantía de la indemnización cuando se considere que existe una fuerte desproporción entre la reprochabilidad de la conducta del deudor y la entidad del daño.

3.5.3. Modificación convencional de la responsabilidad contractual

Dentro del amplio margen concedido a la autonomía privada en materia de Derecho de obligaciones, es posible que las partes hayan incluido en su contrato determinados pactos relativos a la responsabilidad civil. La regla es que estos pactos son válidos y eficaces salvo:

1. El pacto de renuncia a la responsabilidad civil nacida de dolo, que, según el artículo 1102, es nulo de pleno derecho.
2. En contratación entre empresarios y consumidores (que estudiaremos el propio cuatrimestre) aquellos pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad del empresario que puedan catalogarse como abusivos según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Se admiten, en consecuencia pactos de exoneración de la responsabilidad basada en culpa, pactos de limitación de la misma hasta cierta cuantía, pactos por los que las partes preconfiguran la cuantía de la indemnización (los cuales, técnicamente, constituyen cláusulas penales, que se estudian en la próxima lección), pactos por los que se establece que el deudor responderá incluso por caso fortuito, etc.

3.5.4. Prescripción de la responsabilidad civil contractual

El Código civil no atribuye ningún plazo específico a la acción de resarcimiento de daños consecuencia del incumplimiento de una obligación, por lo que, por aplicación del artículo 1964.2, se considera que el plazo de prescripción de la misma es el general de 5 años. Algunos incumplimientos concretos tienen, no obstante, un plazo de prescripción más corto.

Tal y como en el tema 13 se verá, la existencia de un distinto plazo de prescripción es una de las más importantes diferencias entre las llamadas responsabilidad civil contractual y extracontractual. La primera (la que estudiamos en esta lección) tiene un plazo de 5 años y la segunda de un sólo año (art. 1968-2º). Eso determina que en muchas ocasiones de que la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual puede depender el éxito de una demanda de indemnización.

3.6. Otros remedios frente al incumplimiento

Los remedios y mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor que se han estudiado en esta lección son los más generales e importantes, pero no los únicos. El incumplimiento de una obligación puede provocar otras consecuencias que se estudiarán, fundamentalmente, en las próximas dos lecciones. Así:

1. El incumplimiento puede ocasionar la aplicación de una cláusula penal (lección 11).
2. o la ejecución de garantías (lección 11).
3. el inicio de un procedimiento concursal (lección 12).
4. la interposición, por la otra parte del contrato, de la «exceptio non adimpleti contractus» si se trataba de una obligación sinalagmática (lección 11).
5. Etc.