

Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del Proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español¹

MARINA PÉREZ MONGE
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Concepto de incumplimiento:* A) Proyecto de Pavía. B) Derecho español.—III. *Supuestos de incumplimiento:* A) Mora del deudor: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español. B) Imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad de la prestación: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español: a) Clases. b) Requisitos. c) Consecuencias de la imposibilidad sobrevenida. d) La garantía de cumplimiento. C) Infracción del deber de indemnidad: 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español.—IV. *Incumplimiento de distintas clases de obligaciones:* 1. Obligación de dar: a) Cosa determinada: (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. b) Cosa indeterminada: (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. 2. Obligación de hacer: a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español. 3. Obligación de no hacer: a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español.—V. *Mora del acreedor:* A) Proyecto de Pavía. B) Derecho español.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es estudiar las repercusiones que tendría en nuestro Derecho la adopción del denominado Código

¹ Este trabajo es parte de un volumen colectivo en el marco del Proyecto BJU 2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el profesor Dr. D. Gabriel GARCÍA CANTERO, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía.*

Europeo de Contratos². Se conoce también como *Proyecto de Pavía*, ciudad en la que tiene su sede la Academia de Jusprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y elaborado, y como Proyecto Gandolfi, nombre de su impulsor y coordinador.

Como indica el profesor García Cantero, este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos³ «puede considerarse el resultado final del Congreso reunido en Pavía en 1990 sobre la unificación del Derecho Europeo de Contratos, cuyas conclusiones acaban de adquirir una renovada actualidad con ocasión de la Comunicación de 11 de julio de 2001, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre Derecho Contractual Europeo»⁴. Es, por tanto, un documento privado. Carece de fuerza de obligar, pero «podría ser adoptado por la Unión Europea, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla.»⁵ Este Proyecto ha sido entregado, según indica García Cantero «oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento [...] haya alcanzado más valor intrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo firmaron»⁶.

Como es sabido, la Academia de Privatistas europeos de Pavía tiene como objetivos fundacionales:

«– Preparar una unificación efectiva del derecho contractual de la Unión Europea.[...]

– Redactar estas normas, de tal forma y contenido que constituyan reglas aceptables en todos los países de la Unión Europea, sin que representen una imposición para los mismos ciudadanos, sino más bien un auxilio para los casos no previstos, y que además tengan en cuenta las instancias socio-económicas de la sociedad europea del tercer milenio»⁷.

² GARCÍA CANTERO, en la Introducción a «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, p. 302. No se pretende un tratamiento del Incumplimiento.

³ Este Anteproyecto fue publicado en 2001 en francés, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I, Milano, 2001*, patrocinado por la *Académie de Privatistes Européens*. Este texto fue traducido al español en el trabajo colectivo dirigido por el profesor GARCÍA CANTERO, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, pp. 299 ss.

⁴ GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, p. 207.

⁵ GARCÍA CANTERO, en la Introducción a «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *RJN*, núm. 44, 2002, p. 300.

⁶ GARCÍA CANTERO, «¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo)», *ADC*, 2004, p. 53.

⁷ GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, pp. 209-210.

Conviene recordar que se trata de un Código de Contratos y no de obligaciones, pues este último concepto es «uno de los pilares de los Derechos continentales, pero es un concepto menos importante y casi desconocido en el área del *common law*»⁸. Continúa afirmando García Cantero que «se ha considerado a la obligación como uno de los efectos del contrato, pero sin hacer de ello un concepto dogmático. La difusión ha sido rápida a través de Congresos»⁹. Desde otra perspectiva, es un Código que pretende ofrecer soluciones concretas. En este sentido, afirma Martínez de Aguirre que se ha optado por «un Código de soluciones y no de principios, a partir de la idea de que la unificación europea en materia de contratos se logrará mejor y más rápidamente a través de la unificación de las soluciones concretas a problemas particulares, que mediante el intento de unificar los procedimientos lógicos y mecanismos conceptuales mediante los que cada sistema legal nacional llega a esas soluciones concretas»¹⁰.

Esta unificación plantea dificultades debido a las diferencias sustanciales en materia de incumplimiento de los contratos entre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos¹¹.

El Proyecto Europeo de Contratos¹² dedica su Título VIII al «Incumplimiento del Contrato». Dicho título consta de tres Secciones, la primera de ellas referida a las «Disposiciones Generales», la segunda a la «Mora del Acreedor», y la tercera a los «Efectos de la falta de ejecución». En este estudio me ocuparé del comentario de las dos primeras Secciones, es decir de los supuestos de incumplimiento.

Conviene recordar que para la elaboración del Proyecto referido, se toma como base el Libro IV del CC italiano de 1942 (que ocupa una posición intermedia entre los dos grandes modelos legislativos, el Código de Napoleón y el BGB)¹³.

⁸ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, p. 211.

⁹ GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.*, p. 213.

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 177.

¹¹ Cfr. PARRA LUCÁN, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un CC europeo?», *Actualidad civil*, 2002, p. 1167.

¹² Las citas de los artículos se referirán en adelante a la «Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 4, pp. 299 ss.

¹³ CARBONNIER, «Reflexions marginales», *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I, Milano, 2001*, p. XIV, afirma: «[...] le professeur Giuseppe Gandolfi avait déjà mis au point le schéma de son action, prenant, ainsi qu'il était naturel, pour tremplin du passage à l'Europe le droit des contrats de son pays. Non pas que le Code italien de 1942 dût être le modèle exclusif. Mais par la position médiane qu'il occupait entre les deux pôles

También se adoptó como segundo texto base el *Contract Code*, elaborado por el profesor Harvey Mc Gregor, a instancia de la *Oxford Law Comision*¹⁴. De los Mozos afirma respecto de este Código: «[...] es imprescindible que los juristas tengan que hacer su propia tarea: criticando las medidas equivocadas o insuficientes, denunciando el camino inadecuado y, sobre todo, ofreciendo fórmulas razonables de acuerdo con los fundamentos jurídicos de la unidad o de la integración a que se aspira. En esta línea se inserta el estudio del *Contract Code* de H. Mc Gregor que hace un esfuerzo de acercamiento a los Derechos continentales y, todo ello, con el propósito de hacer posible un proyecto de “Código europeo de contratos”, como pretende el “grupo de trabajo de Pavía”» que se diferencia de otros proyectos en que, por primera vez, se habla de un “código” como tal, es decir de un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente.»¹⁵ Gandolfi afirma: «En cuanto a su contenido, el *Contract Code* de Mc Gregor asume una decidida apertura hacia las experiencias continentales, mereciendo una particular consideración tanto su estructura como su estilo.»¹⁶

En definitiva, se tomaron como referencias el CC italiano de 1942 y el *Contract Code*.

II. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

A) PROYECTO DE PAVÍA

Se planteó inicialmente la conveniencia de incluir un precepto dedicado a regular el concepto de incumplimiento, extraño en algunos países.

législatifs, Code Napoleon et BGB, outre plus d'un trait de modernité paisibles, il méritait amplement de constituer une base commune pour la recherche et les discussions.» En el mismo sentido RESCIGNO, *Nota Introduttiva, op. cit.*, p. XVII, afirma: «Il nostro collega [...] riusciva a metterne in luce le occasioni, frequenti e felici, d'incontro e conciliazione tra le consolidate tradizioni del *Code Napoleon* e le BGB, e la possibilità di avvalersi della “mediazione” così realizzata per aprire un fruttuoso dialogo col mondo di *common law*».

¹⁴ GANDOLFI, *Introducción al Code Européen des Contrats, Avant-Projet*, Livre I, Milano, 2001, p. 251 y p. LIII.

¹⁵ DE LOS MOZOS, Proemio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comision inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 15.

¹⁶ GANDOLFI, en el Prefacio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comision inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 29. En este mismo sentido afirma VATTIER FUENZALIDA, en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 19 que el *Contract Code* representa «una síntesis renovada del derecho inglés y escocés».

En el Informe del coordinador Gandolfi se recogen las opiniones de académicos de diversos países, entre las que destaco las de los profesores españoles García Cantero y De los Mozos, que proponen la inclusión de tal concepto, aun cuando en nuestro CC no se contiene ¹⁷.

Se optó por incluirlo en el artículo 89 en los siguientes términos: *Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada.*

Como indica Lobato Gómez «parte de una noción general, abstracta y descriptiva de incumplimiento contractual que trata de

¹⁷ GANDOLFI, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet*, Livre I, Milano, 2001, pp. 251 y 252, Rapport du coordinateur sur les artículos 89-117, pp. 251 y 252 recoge la aportación de DE LOS MOZOS y GARCÍA CANTERO en los siguientes términos: «De los Mozos, qui propose tout d'abord une comparaison entre les règles pertinentes du *Contract code* et celles du code italien et des autres codes de matrice romaine, note d'une part que dans ces derniers les données implicites sont plus consistantes que celles qui sont explicites (ce qui appelle des tentatives de systématisation de la part de la doctrine), et d'autre part qu'on y remarque la carence d'un caractère organique pourtant indispensable. Il propose donc de préférer le *Contract code* en guise de modèle, car on y examine clairement les différentes phases de l'inexécution (quoique lui aussi manifeste quelques doutes sur le traitement réservé à la *mora accipiendi*, dans l'art. 305). Il suggère en particulier d'inaugurer le titre des dispositions générales par deux articles concernant l'un l'inexécution en général et les cas d'inexécution, et l'autre la distinction entre inexécution à proprement parler (inexécution substantielle) et inexécution défectueuse ou inexacte (inexécution non-substantielle). Pourraient alors suivre certaines règles qui sont présentes dans les vieux codes européens, suivant l'exemple du code hollandais, dans le but de se rapprocher du système du *Contract code*. En particulier, quant à l'art. 1222 du code italien sur l'inexécution d'obligations négatives, il suggère de l'utiliser mais en le transformant en une règle à plus ample contenu, qui ne concernerait pas seulement les obligations négatives, mais aussi celles de faire, comme cela se produit dans le code espagnol (arts. 1098 et 1099).

García Cantero estime quant à lui opportun de consacrer une règle générale à l'inexécution, qui prévoirait distinctement les cas d'impossibilité totale ou partielle de la prestation, de la demeure et de l'inexactitude de l'exécution, pour lesquelles le débiteur est tenu de répondre. Il ne faudrait en outre pas ignorer les devoirs de protection relatifs à la personne et aux biens du créancier. En ce qui concerne les contrats synallagmatiques, il est de l'avis que les deux prestations doivent se recouper, sous réserve d'une règle légale ou conventionnelle, et qu'il est à la charge de celui qui exige la prestation de la part de l'autre de prouver qu'il a déjà exécuté la sienne.»

GARCÍA CANTERO, respecto de la conveniencia de definir los conceptos, también considera obligado incorporar la definición de contrato al texto. Cfr. «Hacia un concepto europeo de contrato», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 132.

Desde una perspectiva distinta, Díez Picazo, Roca Trías y Morales en *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 24 traducen el artículo 1301 (4) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos del siguiente modo: «Incumplimiento significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato.»

abarcar, sin hacer ninguna referencia expresa a cada uno de ellos, todos los posibles supuestos del incumplimiento, desde el incumplimiento total y definitivo, hasta el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso». ¹⁸

Junto a este precepto, el artículo 98 del Proyecto de Pavía, bajo la denominación de «Reserva de incumplimiento», establece: *Hay incumplimiento de la obligación si el deudor deja de cumplir la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, salvo que se haya reservado tal posibilidad explícita o implícitamente en el contrato* ¹⁹.

Matiza Viguri Perea que en Derecho español vendría a ser un contrato sujeto a condición resolutoria que no dependa exclusivamente de la voluntad del deudor ²⁰.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía se refiere al incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas:

«1. *Hay incumplimiento de la obligación contractual si cierto acontecimiento, o cierto estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o garantizado que se producirían, incluso sin contraprestación, no se han producido o ya no se producirán.*

2. *Cuando en una declaración no incluida en el contrato y que no ha sido objeto de promesa o de garantía, se afirma que un hecho se ha producido o no se ha producido, que se producirá o no se producirá, desde que dicha declaración no corresponda a la verdad, el que la ha emitido puede responder, frente al perjudicado por ella, por culpa aquiliana.»*

¹⁸ LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento del contrato» en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 373.

¹⁹ Se ha realizado una traducción libre del título de este precepto como «Reserva de incumplimiento», intentando recoger el contenido del precepto, en la traducción española, aun cuando el contenido del texto francés era «Violation efficace». DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO lo traducen como «Violación eficaz» en la traducción incluida en el volumen *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 80.

²⁰ VIGURI PEREA, «Supuestos de incumplimiento», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 426. Afirma: «Cabe interpretar que el contrato, una vez perfecto, queda sujeto mediante mención expresa a lo que en el Derecho español se regula como “condición resolutoria”. La resolución del contrato, a resultas de la cláusula condicional, debiera ser plasmada con cierta cautela para no lesionar derechos adquiridos de la parte acreedora. Parece obvio que para entender que el negocio jurídico se halla sujeto a condición, tal condición no deberá depender de la exclusiva voluntad de la parte deudora.»

Parece que este precepto proviene de los artículos 301 y 302 del *Contract Code*. En concreto el artículo 301 establece: «*La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato.*» Continúa el artículo 302: «*La parte del contrato cuya declaración consista en un suceso o en un estado de hecho o de Derecho que no se cumpla debidamente incurre en incumplimiento de contrato.*» No obstante, ha de advertirse que en el *Contract Code* es responsabilidad contractual y en el Proyecto de Pavía es responsabilidad extracontractual.

Los supuestos descritos en los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía²¹, referidos respectivamente a los casos en que el deudor declara por escrito no querer cumplir o no se halla en situación de cumplir, con las correspondientes consecuencias no se regulan específicamente en nuestro Derecho. En concreto, el referido artículo 90 parece proceder del artículo 1219 del Código italiano de 1942, que respecto de la mora, considera: «*Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*». Ahora bien, el artículo 90 del Proyecto de Pavía tiene un carácter más general, y sin embargo el precepto del CC italiano se encuentra en la regulación de la mora.

La anticipación del incumplimiento, prevista en el artículo 91 del Proyecto de Pavía, se regula en los siguientes términos:

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

²¹ Artículo 90.

Deudor que declara por escrito no querer cumplir:

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

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

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

con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo.

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

Este precepto parece inspirarse en los artículos 303 y 304 del *Contract Code*. Así, el artículo 303 establece:

«1) *La parte del contrato que antes del momento exacto del cumplimiento de todas o parte de sus promesas contractuales u otras obligaciones, denote una intención definitiva de no cumplir toda una parte separada y concreta de él, o devenga incapaz de hacerlo en circunstancias que no extingan el contrato por frustración de acuerdo con los artículos 591 a 597, incurre en incumplimiento de contrato si la contraparte opta por tratar tal intención o incapacidad como incumplimiento inmediato; este tipo de incumplimiento se llama anticipatorio.*

2) *Tal acción por la contraparte:*

a) *no es posible una vez que el que declinó o devino incapaz de cumplir haya, con conocimiento de la contraparte, reconsiderado su intención o recuperado su capacidad de cumplir.*

b) *se presume si no resulta para él razonable continuar cumpliendo por su parte al agravar así su pérdida.*

c) *en otro caso se necesitarán nuevas declaraciones o actos que denoten intención inequívoca de considerar incumplidora a la otra parte.»*

Y el artículo 304 del *Contract Code*, establece:

«1) *Cuando antes del momento fijado para el cumplimiento de todo o parte de alguna promesa contractual u otras obligaciones contractuales de una de las partes, la otra tenga razonables motivos para creer que puede incumplirse toda la prestación o una parte diferenciada de ella, está legitimada para pedir garantías de que la futura prestación tendrá lugar debidamente, pudiendo entonces suspender su prestación hasta que le sea dada una razonable garantía.*

2) *La parte a la que se hace tal requerimiento incurre en incumplimiento si la contraparte opta por considerar como incumplimiento inmediato cualquier falta de previsión de una garantía razonable dentro de un plazo razonable de acuerdo con todas las circunstancias.»*

Lobato Gómez considera que se trata de un «planteamiento que resulta absolutamente extraño para nuestro Derecho vigente»²².

²² LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 375.

B) DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español no se regula de manera sistemática la materia de incumplimiento²³. Esta materia se contiene, en una primera aproximación, en el artículo 1101 del CC, que forma parte del Capítulo II intitulado «De la naturaleza y efecto de las obligaciones», del Título I («De las obligaciones»), del Libro IV («De las obligaciones y contratos»). Dicho precepto establece: «*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 aquélla.*»

Así como en el Proyecto de Pavía se prevé específicamente —en el concepto de incumplimiento— la responsabilidad de los auxiliares, en el CC español no se regula expresamente dicha responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento, es decir de las personas que intervienen en el cumplimiento de la obligación por iniciativa del deudor. La doctrina admitía la responsabilidad del deudor con fundamento en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En este sentido afirma Delgado Echevarría que «como la culpa del auxiliar no es, en sí, fuerza mayor ni caso fortuito, es indudable que responderá el deudor, al menos, en los términos del artículo 1903. Pero el hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitima al tercero a introducirse en la obligación, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolla de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor. Éste, en definitiva, responde aun sin culpa o dolo propios, siempre que este reproche pueda hacerse a los auxiliares»²⁴.

La doctrina distingue en el artículo 1101 los supuestos de incumplimiento de los criterios de imputabilidad, y de las consecuencias del incumplimiento.

Los autores se han ocupado de sistematizar y precisar el tratamiento del incumplimiento en Derecho español. Para definir el incumplimiento, la doctrina tradicionalmente se centra en la satisfacción del acreedor. En este sentido Díez Picazo se pregunta en

²³ En este sentido, ya advertía CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, p. 11: «Ciertamente, la regulación del incumplimiento en nuestro CC, con un defectuoso artículo 1101, una anacrónica visión de la culpa y el caso fortuito y una indefinible relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida [...]»

²⁴ DELGADO ECHEVARRÍA en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, II*, Vol. 1.º, «Parte General. Teoría General del Contrato», 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), pp. 173-174. Cfr. también Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, p. 592.

qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho, lo que, en línea de principio, es independiente de la valoración que deba atribuirse al comportamiento del deudor y es en sí mismo un hecho perfectamente objetivo. Lo que se trata de saber es en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación. [...] El análisis debe dirigirse, ante todo, a establecer una tipología de las perturbaciones del proyecto de prestación (*leistungstorung*, *leistungvereitelung*) y de la objetiva insatisfacción del acreedor.²⁵ Desde una perspectiva diferente, otros autores toman como referencia la valoración de la conducta del deudor. Así, por ejemplo afirma De Pablo: «Hay incumplimiento de la obligación –lesión del derecho de crédito del acreedor– siempre que la conducta de prestación debida no se realiza por el deudor exacta y oportunamente (en los términos, del modo y en el tiempo procedente, según el tenor de aquélla).»²⁶ Por su parte, Delgado Echevarría distingue dos análisis distintos:

«Uno, desde el punto de vista del deudor, centrado sobre la causación de cualquier suerte de incumplimiento (retraso, cumplimiento inexacto, imposibilidad) y la reparación de los daños ocasionados por él en caso de que, de acuerdo con las reglas de responsabilidad, le sea imputable el incumplimiento. El intérprete ha de resolver, entonces, cuál sea, en el trayecto que media entre la culpa (entendida como la falta de la diligencia normal) y el caso fortuito, el punto a partir del cual el incumplimiento no obliga –u obliga– a indemnizar.

Otro, más bien, desde el punto de vista de la satisfacción del acreedor, versa sobre las consecuencias de la imposibilidad definitiva de cumplir, en orden a la prestación o no de un equivalente. También a este efecto son significativos los conceptos de culpa y caso fortuito, y vuelve a surgir el problema de la frontera que los separa, pero si la obligación incumplida es sinalagmática, aparece un nuevo aspecto de la cuestión, cual es el de la restitución o no (entrega, o no) de la contraprestación recibida por el deudor, que no se sujeta, en su solución, al canon de la distinción entre culpa y caso.»²⁷

El Proyecto de Pavía (art. 90) se refiere, como se ha indicado, al supuesto de que el deudor declare no querer cumplir. Como afirma

²⁵ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, pp. 568-569.

²⁶ DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 177.

²⁷ DELGADO ECHEVARRÍA en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1.º, «Parte General. Teoría General del Contrato», 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), pp. 163-164.

Díez Picazo, en Derecho español, «la consecuencia de una declaración del deudor de no querer cumplir la prestación exonera al acreedor de la intimación y constituye al deudor, que ha realizado tal declaración, en mora, deriva de la regla de la buena fe, pues es inadmisibles que el deudor que ha efectuado esa declaración, se oponga posteriormente a ser considerado como moroso»²⁸. La denominada reserva de incumplimiento *supra* no está prevista específicamente en nuestro Derecho, aun cuando podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del CC español.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía referido al *Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas* no encuentra un precepto específico en nuestro Derecho. Respecto de dicho precepto Viguri Perea observa un paralelismo entre los artículos 1450 y 1451 de nuestro CC –relativos a la promesa de compra y venta– y el párrafo 1.º del artículo 100 del Proyecto de Pavía.²⁹

Finalmente, se observa que aun cuando el CC español no recoge un concepto legal de incumplimiento, reconocidos juristas españoles proponen su inclusión en la discusión previa al Proyecto de Pavía, por lo que considero que no supondría novedad en cuanto que este concepto ha sido elaborado y aceptado por nuestra doctrina.

III. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO

Nuestro CC establece en el artículo 1101 CC, «*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 aquélla.*» La doctrina estudia los posibles supuestos desde distintas perspectivas.

²⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, «Las relaciones obligatorias», Civitas, 1996, p. 635.

²⁹ VIGURI PEREA, *op. cit.* pp. 428 ss. afirma: «El artículo 1451 de nuestro CC, en relación con el 1450, señala que la promesa de compra o venta contiene un contrato perfecto cuando ha existido convenio respecto de la cosa y el precio. Dicha perfección faculta a las partes para reclamar en el momento oportuno el cumplimiento de lo pactado. [...] En claro paralelismo a lo expuesto, el Código Europeo en el artículo 100-1.º califica de incumplimiento contractual la imposibilidad para una de las partes de materializar lo prometido, puesto que en el contrato perfecto, es dicha promesa lo que se constituye en objeto del contrato, y no cabe entender que el pacto existente *inter partes* pende de la futura realidad del contenido de la promesa. En el supuesto de cumplirse esta última circunstancia, nos encontraríamos ante una obligación sujeta a condición suspensiva». Cfr. pp. 429 ss.

Así, Delgado Echeverría distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

- «a) Que el deudor se retrasa en cumplir, siendo todavía posible el cumplimiento.
- b) Que el cumplimiento es definitivamente imposible.
- c) Que el deudor ha realizado una prestación, pero inexacta cuantitativa o cualitativamente.
- d) Que el deudor está dispuesto a no cumplir, pase lo que pase.»³⁰

Por su parte, Díez Picazo distingue tres supuestos de insatisfacción del acreedor: «a) el retardo y la mora; b) la ejecución de una prestación defectuosa, c) el incumplimiento definitivo de la obligación.»³¹ Conviene distinguir la mora del incumplimiento definitivo. En este sentido, afirma Díez Picazo: «En la mora, el comportamiento del deudor, o de los impedimentos transitorios de prestación, conducen a una omisión de la prestación, pero el obstáculo es todavía superable. De esta suerte, la prestación puede todavía ser realizada, y, una vez realizada, aunque lo sea tardíamente, es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor, a cuya obtención la

³⁰ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 1º, Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, 2.ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), p. 163.

³¹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 570 y 571, atendiendo a que el deudor haya omitido la prestación, o haya realizado la prestación defectuosamente, en relación a la posibilidad de una posterior o ulterior realización de la prestación por parte del deudor y la posible satisfacción del acreedor, se refiere a las siguientes cinco situaciones –que refunde en las tres señaladas en el texto–:

1.ª El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada es todavía posible y realizada tardíamente es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En todos estos casos hay retraso en la ejecución de la prestación, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación.

2.ª El deudor ha realizado una prestación defectuosa, en el momento fijado, pero todavía es posible corregir los defectos de la prestación y con la corrección de los defectos, la prestación es todavía idónea para satisfacer el derecho del acreedor.

3.ª El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación es en sí misma todavía posible, considerada de manera objetiva, pero es ya inidónea para satisfacer el interés del acreedor. Ello puede ocurrir porque el interés del acreedor demandaba, según lo estipulado, la ejecución de la prestación precisamente en el momento previsto (término esencial) o, aunque el plazo no fuera de aquella índole, porque puede no ser razonable hacerle esperar un tiempo especialmente prolongado o porque la prolongación del término hace que el interés del acreedor desaparezca. En todos estos casos, la no prestación comporta una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

4.ª La misma solución debe adoptarse en aquellos casos en que la prestación ejecutada defectuosamente no admita la corrección de los defectos.

5.ª Cabe por último la posibilidad de que el deudor no haya realizado ninguna prestación y que, además, esta última se haya tornado definitivamente imposible, caso en el cual la situación es también de definitiva insatisfacción del derecho de crédito.

relación obligatoria se dirige. Una hipótesis completamente distinta se presenta en aquellos casos en que la omisión de ejecución de la prestación ha de considerarse como un fenómeno definitivo, de tal suerte que ya no cabe el cumplimiento tardío o que, aunque teóricamente posible, no es legítimo imponérselo al acreedor. El problema consiste entonces en dibujar las características que presentan estos supuestos, y, en particular, establecer su diferenciación con los supuestos de retardo o de mora.»³² Incluye en el denominado incumplimiento definitivo o de definitiva falta de ejecución del programa de prestación los siguientes supuestos:

- «1.º La imposibilidad sobrevenida de la prestación.
- 2.º La imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio y la excesiva prolongación de la inejecución de la obligación.
- 3.º La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir.
- 4.º La violación de la obligación negativa.
- 5.º La falta de obtención del resultado de prestación en las obligaciones de resultado.»³³

De Pablo distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

«a) La *morosidad*, esto es, la mora del deudor.

El simple retraso, sin los requisitos de la mora, [...] no tiene especiales consecuencias jurídicas: el deudor deberá cumplir, pero ni se perpetúa la obligación, ni tendrá que indemnizar el incumplimiento. A estos efectos, es la interpelación lo que da la medida de la idea del legislador: si el acreedor no intima al deudor, se entiende que no tiene aún interés en que cumpla y, por tanto, no puede haber incumplimiento; cuando no es necesaria la interpelación para que el deudor incurra en mora, se presupone legalmente, en cambio, el interés del acreedor en el cumplimiento.

b) La *contravención del tenor de la obligación*, que agrupa las demás hipótesis de incumplimiento:

- i) la no realización en absoluto de la conducta debida, siendo ésta posible;
- ii) la imposibilidad sobrevenida de la prestación;
- iii) la prestación inexacta o defectuosa; y
- iv) la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*).»³⁴

³² Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 647-648.

³³ Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 649-650.

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 197. Cfr. también DELGA-

Afirma De Pablo: «Así pues –y en ello coincide la gran mayoría de la doctrina–, entendemos que el artículo 1.101 mezcla dos causas materiales del daño (la morosidad y la contravención) con dos criterios de imputación de dicho daño al deudor (el dolo y la culpa).»³⁵

Como se observa, con fundamento en el artículo 1101 del CC, los autores realizan una clasificación que distingue básicamente mora y contravención del tenor de la obligación (incumplimiento definitivo y cumplimiento defectuoso).

A) MORA DEL DEUDOR

1. Proyecto de Pavía

El Proyecto de Pavía regula esta materia en el artículo 96, cuya dicción es:

«1. No puede considerarse que el deudor incurre en mora:

a) *si no se ha pactado para el cumplimiento ninguna fecha final, ni término constituido por un periodo determinado de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación fijándole un plazo razonable;*

b) *si el acreedor o el juez han concedido previamente al deudor un plazo adicional para el cumplimiento;*

c) *en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor se retrasa en el cumplimiento de su prestación, para la cual está previsto un término ya vencido;*

d) *si el deudor ha ofrecido en tiempo útil la prestación debida al acreedor, pidiéndole la acepte, a reserva de la eventual mora del acreedor.*

Si los términos mencionados en las letras a) y b) del presente artículo están vencidos, y salvo las situaciones previstas en las letras c) y d) de este mismo artículo, se considera al deudor en mora. En consecuencia, no queda liberado de su obligación y es además responsable –como lo prevén los artículos 162 y siguientes– de los daños que se deriven, incluso si la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida en el curso del cumplimiento no se deben a causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si

DO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 165, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 683.

³⁵ DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.* p. 196.

hubiera estado en poder del acreedor. Pero, en este último caso, está obligado a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o del asegurador como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa debida o por el incumplimiento de la prestación.»

Según el apartado 1.º, es preciso por tanto que exista plazo, interpelación por parte del acreedor, que no haya ofrecimiento de pago, que no se haya concedido moratoria ni concurra compensación de mora.

Desde otro punto de vista, el artículo 101 del Proyecto de Pavía, se refiere al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida en los siguientes términos: «*El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora.*»

2. Derecho español

Los requisitos de la mora del deudor, según nuestro CC son:

- 1) Cumplimiento tardío todavía posible. Si éste no fuese posible, ya no se trataría de mora, sino de incumplimiento definitivo.
- 2) Obligación positiva y exigible. Como es sabido, no es posible la mora en las obligaciones negativas.
- 3) Retraso culpable (negligente que le fuera imputable).
- 4) Interpelación (art. 1100 CC), salvo que se trate de obligaciones sinalagmáticas.

La mora se evita o termina mediante el pago, ofrecimiento de pago o la concesión de una moratoria.

Desde otra perspectiva, la purga de la mora se produce cuando se eliminan los efectos (de la mora) por renuncia del acreedor a hacerlos valer.

Las consecuencias de la mora del deudor son: Si la prestación es posible, el deudor que incurre en mora debe cumplir *in natura*. Si la prestación no es posible debe cumplir por equivalente. En ambos casos, ha de resarcir.

En Derecho español los requisitos objetivos del cumplimiento son: la identidad (es decir, que el objeto de la prestación coincida con el objeto del cumplimiento), integridad (a lo que se opone el pago parcial) e indivisibilidad (frente al que se sitúa el pago fraccionado). En consecuencia su regulación es similar. Así, el CC

español prevé que el acreedor no está obligado a recibir una contraprestación superior a la debida, pues el artículo 1166 establece que «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*». Por tanto si no lo hace, no incurre en mora. Ahora bien, si el acreedor recibe una cantidad superior, parece adecuado que la contraprestación sea proporcional a la misma. Así se deduce de supuestos en los que se recibe una cantidad diferente a la pactada, en los que se admite la disminución o aumento proporcional del precio como por ejemplo en el artículo 1470 CC. En este sentido afirma Viguri Perea: «En función del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden establecer, de común acuerdo, alteraciones sobre el contenido del contrato originario.»³⁶

Sin embargo, difiere en la persona a quien beneficia el plazo, pues en el artículo 83 del Proyecto de Pavía se presume establecido a favor del deudor, y en el artículo 1127 de nuestro CC, a favor de acreedor y deudor. El acreedor no está obligado a recibir antes del plazo fijado.

El artículo 83.5 del Proyecto de Pavía establece: «*El deudor no puede repetir lo que había pagado por anticipado, ignorando la existencia del término.*» En este sentido en Derecho español, el artículo 1126 establece: «*Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir.*

Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa.»

B) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

La imposibilidad se produce, «cuando la prestación, luego de nacida la obligación, se ha hecho definitivamente imposible.»³⁷.

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 97 se regula la posibilidad de cumplimiento tardío o parcial, y de una nueva negociación en el apartado 1.º A con-

³⁶ VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 431.

³⁷ DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 188.

tinuación se prevé la extinción de la obligación del deudor, salvo que se haya agravado la responsabilidad contractualmente.

«1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor –como lo prevé el artículo 157– el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.»

2. Derecho español

a) CLASES

La imposibilidad puede ser física o jurídica. La primera de ellas se refiere a la destrucción o perecimiento de la cosa. La segunda a los supuestos en que queda fuera del comercio de los hombres.

La mera dificultad no extingue la obligación, sino que faculta para pedir su revisión a los Tribunales por alteración de las circunstancias.³⁸ Comparando el referido artículo 97 del Proyecto de Pavía y la regulación española, puede afirmarse que en nuestro Derecho no hay una regulación específica sobre esta materia, pero podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad –contenido en el artículo 1255–³⁹, de la equidad –incluida en el artículo 3.2– y del principio de buena fe –comprendido en el artículo 1258– de nuestro CC. Es destacable la aplicación –muy restrictivamente– por nuestros Tribunales de la cláusula *rebus sic*

³⁸ DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 190.

³⁹ Cfr. VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 423.

stantibus, fundamentalmente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957 ⁴⁰.

b) REQUISITOS

La imposibilidad ha de ser:

1. Posterior al nacimiento de la obligación. En caso contrario, la obligación no habría nacido.
2. Definitiva. Ahora bien, la imposibilidad temporal puede convertirse en definitiva, cuando se trata de obligaciones con término esencial.
3. Objetiva. Como dice Delgado Echeverría, «no se trata, con todo, de tener en cuenta las aptitudes y circunstancias personales del concreto deudor, sino de considerar imposible lo que social y económicamente se tiene por tal» ⁴¹.

c) CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

Se distinguen los supuestos en que el deudor queda liberado de aquellos en los que sigue obligado a cumplir, según haya mediado o no culpa en su conducta o estuviese constituido en mora cuando se produjo la imposibilidad de la prestación. Se deberá prestar el equivalente y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios ⁴². Así se regula en los artículos 1182 y siguientes del CC, que son objeto de discusión en nuestra doctrina ⁴³.

d) LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

La garantía de cumplimiento, contenida en el artículo 92.2 del Proyecto de Pavía, no se recoge en nuestro CC. Ahora bien, en la doctrina, De Pablo afirma que «las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento se extenderán al eventual resarcimiento de daños» ⁴⁴.

⁴⁰ En la STS de 17 de mayo de 1957, se requiere para su aplicación: «a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.»

⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, p. 189.

⁴² Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.* pp. 190-191.

⁴³ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pp. 188 ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 189 ss.

⁴⁴ DE PABLO, *op. cit.*, p. 189.

C) INFRACCIÓN DEL DEBER DE INDEMNIDAD

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 99 se regula este deber, así como las consecuencias de su incumplimiento en los siguientes términos.

«En el cumplimiento de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no producir daños a la persona del acreedor, a sus auxiliares y a sus bienes; en caso de infracción de este deber, la obligación debida se considera incumplida si el daño se produce durante o a causa del cumplimiento, y representa una causa directa e inmediata del mismo. En otro caso, el deudor queda sujeto a la responsabilidad aquiliana.»

2. Derecho español

En nuestro Derecho no se prevé expresamente este deber. No obstante, en el concepto de contravención del tenor de la obligación, contenido en el artículo 1101, podría incluirse «la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*)»⁴⁵. Además del deber de prestación, el deudor tiene también, en efecto, respecto al acreedor, las obligaciones derivadas de la carga o principio de *neminem laedere*: con ocasión del cumplimiento de una obligación no se deben producir daños en otros bienes del acreedor.

Parece más conveniente la regulación expresa del Código de Pavía por razones de seguridad jurídica.

IV. INCUMPLIMIENTO DE DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES

En el Proyecto de Pavía se regulan con detalle en los artículos 92 a 95 los supuestos de incumplimiento en las distintas clases de obligaciones (de entregar cosa determinada o genérica, hacer y no hacer). En cambio, en Derecho español no se prevé de este modo, sino que se atiende a esta distinción de las clases de obliga-

⁴⁵ DE PABLO, *op.cit.*, p. 197.

ciones para atribuir sus consecuencias en caso de incumplimiento en la fase de ejecución⁴⁶.

Podría encontrarse en Derecho español una regulación desde esta perspectiva en los requisitos del cumplimiento: identidad, integridad e indivisibilidad.

La pretensión del acreedor frente a su deudor, derivada de su derecho de crédito, debe ser en principio, la exacta realización de la prestación debida. El acreedor no puede optar libremente por exigir el equivalente. En principio, el deudor debe cumplir la prestación prevista y el acreedor deberá recibirla. En este sentido, el artículo 102 del Proyecto de Pavía establece: «*El acreedor no puede rechazar la prestación ofrecida a pretexto de que le resulta inútil o carente de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, salvo que el derecho a rechazar por su parte pueda deducirse, incluso implícitamente, del contrato, y, que además haya advertido al deudor en tiempo oportuno, de las circunstancias sobrevenidas en cuestión y, en todo caso, antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento.*» En Derecho español podría pactarse en virtud del principio de autonomía de la voluntad⁴⁷.

⁴⁶ LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 372 afirma en este sentido: «A pesar de la importancia práctica que tiene el incumplimiento de los contratos, el CC español, al igual que los Códigos civiles que le sirvieron de modelo, no regula de manera explícita y sistemática esta figura, seguramente porque el incumplimiento supone una quiebra evidente del orden jurídico. [...] En efecto, los análisis doctrinales del incumplimiento contractual, pese a su indudable interés teórico y a su evidente importancia práctica, no son ni muy abundantes, ni sobre todo, muy homogéneos y, en lugar de centrar su interés en el estudio del supuesto de hecho del incumplimiento, se ocupan primordialmente del análisis de los remedios que el ordenamiento jurídico establece frente al incumplimiento, especialmente en la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.» Inicialmente las consecuencias en caso de incumplimiento de obligaciones, en fase de ejecución se contenía en los artículos 1096 a 1098 de nuestro CC, pero actualmente se completa su regulación con los preceptos contenidos en la LEC. Cuando el deudor no cumple su prestación (porque no puede o porque no quiere), el ordenamiento jurídico español pone a disposición del acreedor la acción de cumplimiento, mediante la cual se reclamará en primer lugar el cumplimiento en forma específica, y si ésta no es posible, el cumplimiento por equivalente. Esta acción deriva de la fuerza vinculante de la obligación, de tal modo que el acreedor únicamente deberá probar su incumplimiento, si bien se trata de un tema muy debatido. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pp. 164 ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 183 ss.

⁴⁷ Desde otro punto de vista, indica DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 662: «Los casos en que existe incumplimiento definitivo, además de la imposibilidad sobrevenida de prestación, son:

1.º La frustración del fin práctico del negocio, que puede concretarse en la falta de consecución de la causa concreta, con razonable pérdida de interés del acreedor.

2.º La inexigibilidad de una continuación de la vinculación del acuerdo por una prolongada inactividad o pasividad del deudor.»

1. Obligación de dar

a) COSA DETERMINADA

1) *Proyecto de Pavía*

En primer lugar el artículo 92 del Proyecto se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada.

«1. *La obligación de entregar una cosa cierta y determinada se considera incumplida si la cosa no se entrega antes del término y de la manera prevista, o si se entrega pero presenta defectos, o si se entrega una cosa diferente o que pueda ser tenida por tal, a menos que en los distintos casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:*

a) *el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término o que ésta le sea concedida por el juez por motivos razonables;*

b) *se trate de defectos remediables y el acreedor acepte que el deudor asuma, en un plazo razonable, las reparaciones o el juez le autorice a efectuarlas;*

c) *la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que quepa atribuir responsabilidad al deudor, o el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente, o el juez declare que, por motivos razonables, el cumplimiento puede considerarse realizado desde entonces;*

d) *el acreedor ejerza la facultad de entregar una contraprestación reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida y cuya cuantía, a falta de acuerdo, sea fijada por el juez.»*

Así pues, ha de entregarse la cosa pactada de la manera y en el tiempo previsto para que no se produzca el incumplimiento. Los supuestos de excepción serían aquellos en los que existiendo incumplimiento inicialmente, el acreedor acepta o el juez autoriza la prórroga del plazo, la cosa defectuosa o una disminución del valor de la cosa.

2) *Derecho español*

Actualmente no se regula en Derecho español desde esta perspectiva. Ahora bien, existen unos requisitos objetivos de carácter general que deben concurrir para que el pago produzca efectos liberatorios: identidad, integridad e indivisibilidad. Si no concurren, el acreedor puede rehusar el pago.

Siguiendo a Rivero Hernández y a Pérez Álvarez⁴⁸, son requisitos objetivos del cumplimiento los siguientes:

a) La identidad entre el objeto de la obligación y el objeto del cumplimiento. Se contempla en el artículo 1157 de nuestro CC, que establece: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*». Por ello, en principio, el deudor no puede entregar cosa distinta. Así se establece en el artículo 1166: «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*».

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.»

Las diferencias entre la prestación debida y la realizada, teniendo en cuenta el «límite de tolerancia» determinarán si se ha cumplido la obligación. Así pues, deberá valorarse en cada caso concreto si se ha producido o no incumplimiento.

b) La integridad exige que la prestación sea cumplida en su totalidad. Así se prevé en el artículo 1157, que establece: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*». Se refiere a la cantidad, de modo que concurre este requisito cuando se realiza por completo la entrega de la cosa o la prestación de la actividad.

c) La indivisibilidad implica que el deudor debe realizar la prestación sin fraccionar o separar el objeto de la obligación de dar, hacer, o no hacer. En este sentido, el artículo 1169 CC establece: «*A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compeleerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación*». Así pues, este requisito exige que el cumplimiento se realice de forma unitaria. Ahora bien, cabe el pacto en contrario.

Ha de concretarse que la indivisibilidad se refiere a la deuda líquida. Por ello, si hay una parte líquida y otra ilíquida, el deudor debe pagar la parte líquida. Así lo establece el artículo 1169 CC conforme al cual: «*Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segun-*

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz, *op. cit.*, pp. 140 ss. y PÉREZ ÁLVAREZ en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, pp. 154 ss.

da.» En definitiva, debe coincidir el objeto de la obligación con el del cumplimiento. No obstante, ha de recordarse que el artículo 1255 CC establece: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*»

Afirma Pérez Álvarez en suma: el obligado debe cumplir íntegramente y de modo unitario la misma prestación debida. Ahora bien, a los requisitos objetivos del pago examinados se sobrepone la autonomía de la voluntad de forma que nada obsta a que, en contra del requisito de la integridad o del de la indivisibilidad, el acreedor acepte, bien un pago parcial, o bien un fraccionamiento temporal del pago (cfr. art. 1169 CC). E igualmente [...] el requisito de la identidad presenta excepciones en los supuestos de pago por cesión de bienes y de dación en pago.»⁴⁹

En Derecho español, ha de advertirse que para que se considere incumplida la obligación de entregar una cosa determinada es preciso que el plazo sea esencial⁵⁰, pues en caso contrario, simplemente se trata de un retraso que se convertirá en mora si concurren los requisitos necesarios.

En el Proyecto de Pavía se regula esta materia en sede de incumplimiento. En Derecho español se establece una regulación similar a la de Pavía, si bien en sede de obligaciones (el término utilizado en el texto francés es «obligation»). En este sentido se ha de entregar la cosa antes del término y de la manera prevista, sin defectos y esa misma cosa, según el Proyecto de Pavía. En nuestro Derecho, a mi juicio, es equivalente a que el pago debe cumplir los requisitos objetivos: identidad, integridad e indivisibilidad.

A continuación, en el Proyecto de Pavía se contempla la posibilidad de que se acepte otra cosa o en otro momento si así lo pactan las partes o lo dispone el Juez. En Derecho español se admitiría en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de modo que los contratantes podrán pactar un pago que no reúna los requisitos referidos, o simplemente el acreedor puede aceptar tal pago. Así sucede por ejemplo en los supuestos de dación en pago o pago por cesión de bienes.

⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ *op. et loc. ult. cit.*, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz, *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁵⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 146 y PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 158.

b) COSA INDETERMINADA

1) *Proyecto de Pavía*

El artículo 93 del Proyecto de Pavía se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas en los siguientes términos:

«La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas solamente por su género se considera incumplida si no se entrega antes del término y de la manera prevista, si lo entregado es de una calidad o en una cantidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

a) *el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de las que no han sido entregadas todavía, o que dicha prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;*

b) *el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;*

c) *el acreedor acepte las cosas recibidas de calidad o en cantidad inferior, entregando una contraprestación proporcionalmente menor, cuya cuantía, en ausencia de pacto, sea fijada por el juez;*

d) *la cantidad de cosas debidas, o una parte, se haya perdido o deteriorado, sin responsabilidad del deudor, y el acreedor acepte la entrega de una cantidad de cosas diferentes o la sustitución de algunas de ellas o la reparación de aquéllas que presenten un defecto, o el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede considerarse cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o sustituidas en parte o reparadas.»*

2) *Derecho español*

Respecto al requisito de la identidad señala Pérez Álvarez: «Pero la apreciación de que se ha observado el requisito de la identidad en el pago suscita sobre todo problemas en los casos de falta de determinación de la prestación cuando se constituyó la obligación. Así ocurre cuando el deudor a lo que se obligó fue a entregar una cosa indeterminada o genérica. En tales casos, ¿qué debe entregar el deudor para que pueda estimarse cumplido el requisito de la identidad? [...] el CC responde al interrogante planteado y lo hace optando, salvo acuerdo de las partes en contrario, por el criterio de la “calidad media”. Expresamente, el artículo 1167 CC dispone lo siguiente: “Cuando la obligación consista en entregar cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no

se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”.»⁵¹

En el Proyecto de Pavía se prevé que se entregue en el tiempo y forma que se pactó, el objeto de la obligación, salvo que el acreedor y deudor pacten de otro modo. En Derecho español, son requisitos objetivos del pago –como se ha indicado– la identidad, integridad e indivisibilidad. Ahora bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del CC, es posible que el acreedor o el juez, en su caso, pueda conceder una prórroga, aceptar cosas en cantidad inferior o de calidad superior o con la correspondiente rebaja en el precio, etc.

2. Obligación de hacer

a) PROYECTO DE PAVÍA

El artículo 94 del Proyecto de Pavía regula el incumplimiento de una obligación de hacer en los siguientes términos:

«1. *La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios, el acreedor o el juez otorguen al deudor un plazo para la finalización de la obra, o para la eliminación de los defectos, o para la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de cosas o de materiales inapropiados que hayan sido empleados, siempre que tales reparaciones y sustituciones puedan considerarse razonables en virtud del contrato, de los usos, o de la buena fe.*

2. *No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin culpa, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal consistente en hacer, y el acreedor o el juez le otorgan la posibilidad de ser sustituido por otra persona competente, quedando toda responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión a cargo del deudor en todo caso.*

3. *Si se trata de una obligación de las mencionadas en el artículo 75, apartado 3, se considerará incumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional exigida, cuando ésta sea requerida, y además que ha recurrido en tiempo útil a las técnicas necesarias, así como a los medios, instrumentos, lugares y colaboradores apropiados según las circunstancias.»*

⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 155.

Lobato Gómez ha valorado este precepto en los siguientes términos: «Una de las innovaciones más destacables del Código Europeo de Contratos en materia de incumplimiento es el acertado tratamiento que da a las obligaciones de hacer de carácter profesional que tanta importancia social y económica tienen actualmente, acogiendo sin reservas la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, coherentemente con lo que establece en su artículo 75.»⁵². Finalmente considera que «con una gran dosis de realismo y huyendo de posibles prejuicios dogmáticos, prescinde de cualquier consideración abstracta cuando acepta la diferencia entre las obligaciones de hacer de medios y de resultado en orden a su incumplimiento, y pasa a utilizar un doble criterio para determinarlo: a) que no se haya conseguido el resultado esperado al contratar, pues aunque no forme parte del contenido de la obligación contractual ambas partes lo tuvieron en cuenta al contratar; y, b) que el acreedor no haya puesto los medios prometidos para alcanzarlo, o, si se prefiere, que en su comportamiento no haya empleado la diligencia que era debida en la ejecución de su prestación de hacer»⁵³.

b) DERECHO ESPAÑOL

El artículo 1166 CC establece que «*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*». De este modo, será la voluntad del acreedor, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la que permitirá que no se respete el requisito objetivo de identidad del pago.

En el Proyecto de Pavía se regulan con más detalle los supuestos de incumplimiento. En nuestro Derecho existirá incumplimiento cuando el pago no cumpla los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad.

⁵² LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 382. De modo más específico, cfr. JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, Vol. 44, núm. 1, 1991, pp. 5-96 y LOBATO GÓMEZ «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC*, Vol. 45, núm. 2, 1992, pp. 651-734.

⁵³ LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento del contrato» en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 391.

3. Obligación de no hacer

a) PROYECTO DE PAVÍA

El artículo 95 del Proyecto de Pavía establece:

«1. La obligación de no hacer se considera incumplida cada vez que se comete un acto que la viole, a menos que éste sea debido a un auxiliar o a un encargado que no tenga conocimiento de la prohibición que constituye el objeto del acuerdo y que ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y que el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reparación, y que este último las realice en tiempo útil, dejando a salvo los daños y perjuicios.»

b) DERECHO ESPAÑOL

El Proyecto de Pavía regula con mayor minuciosidad este supuesto, fundamentalmente el incumplimiento de la obligación de no hacer por un auxiliar o encargado del deudor que ignora tal prohibición. No encuentro regulación similar en nuestro Derecho vigente, aun cuando la solución práctica sería respetar los referidos requisitos objetivos del pago. No obstante, el Juez podría autorizar o el acreedor podría aceptar, en virtud del referido principio de autonomía de la voluntad, una conducta diferente⁵⁴.

V. MORA DEL ACREEDOR

A) PROYECTO DE PAVÍA

En el artículo 103 *in fine* se incluye este supuesto. Incurrir en mora el acreedor cuando adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación. Al comienzo de este precepto se afirma: *«Incurrir en mora el acreedor cuando, sin motivo válido, no recibe, o rechaza, o impide, u obstaculiza el cumplimiento de la obligación del deudor; o cuando no realiza la opción prevista en el artículo 87, apartado 2 respecto a una obligación alternativa, si la otra parte no tiene intención de realizarlo ella misma; o cuando no procura –estando obligado a ello– la pre-*

⁵⁴ Cfr. en este mismo sentido LOBATO GÓMEZ, *op.cit.*, p. 392.

sencia de un tercero, o la autorización o la licencia de la autoridad pública, prevista en el artículo 76, apartado 2.»

El artículo 104 regula expresamente el supuesto en que este comportamiento produce incumplimiento, en los siguientes términos: «1. *En la situación descrita en el artículo anterior, el deudor puede requerir por escrito al acreedor que ponga fin a su conducta, especificando los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido u obstaculizado el cumplimiento, indicando las acciones u omisiones que deben cesar o los comportamientos necesarios por parte del acreedor, fijándole en dicho requerimiento un plazo apropiado, y en ningún caso inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.*

2. *Vencido el plazo, si el comportamiento referido no ha cesado, se reputará que hay incumplimiento por parte del acreedor.»*

Ante esta conducta obstativa del acreedor, el artículo 105 prevé la reacción del deudor para quedar liberado:

«1. *Si en el supuesto de la situación descrita en el artículo 103 el deudor, en lugar de establecer el incumplimiento del acreedor, pretende ejecutar la obligación que le corresponde para liberarse, está obligado a hacer al acreedor, en el lugar⁵⁵ en que dicha obligación deba ser cumplida, un ofrecimiento real o por requerimiento⁵⁶ de la totalidad de la prestación debida, incluidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas indicadas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que el ofrecimiento deba ser efectuado.*

2. *Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el importe exacto de la suma o la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con la autorización del juez, puede proponer el importe o la cantidad que ha fijado en virtud de los elementos de que dispone, comprometiéndose a pagar lo que finalmente resulte debido.*

3. *Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el apartado 2 de este artículo, la liberación queda subordinada al hecho de que el deudor pague lo que todavía debe según la petición fundada y motivada del acreedor.*

4. *Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, tratándose de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, debe consignar la cosa debida en las formas prescritas por el juez en el apartado 1 de este artículo, y respecto de las cuales, la solicitud puede proponerse en la forma establecida en dicho apartado. El juez determinará la liberación del deudor si la consigna-*

⁵⁵ Parece que se trata de un error mecanográfico. En el texto francés consta *ou*, pero se ajusta mejor al sentido del precepto entender *où*.

⁵⁶ Tras consultar el CC italiano de 1942 y el actual CC francés, parece que la traducción más adecuada del término *sommation* es «requerimiento».

ción está bien hecha. Si se trata de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir lo ordenado por el juez, que establecerá a continuación su liberación si el comportamiento del deudor es el adecuado.

5. El ofrecimiento es suficiente –y entonces no es precisa la consignación o el cumplimiento– si la prestación no puede ser ofrecida al acreedor o a su representante a causa de la ausencia o incapacidad de éstos para recibirla, o si hay incertidumbre, sin culpa del deudor, sobre la persona a la que debe ser realizada la prestación, o si varios sujetos afirman su derecho a obtenerla, o si hubiese perdido el título que establece que es el titular del derecho a la prestación, y estas circunstancias han sido especificadas en la petición mencionada en el apartado 1 de este artículo.»

El artículo 305 del *Contract Code* establece: «*La parte contratante que injustificadamente impida u obstaculice el cumplimiento de la otra parte incurre en incumplimiento de contrato.*»

En el artículo 101 del Proyecto de Pavía, referido al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida, se establece: «*El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora.*»

En este sentido, afirma Caballero Lozano que «habría que dispensar al deudor de la práctica del ofrecimiento de pago y no de la consignación judicial»⁵⁷.

B) DERECHO ESPAÑOL

La mora del acreedor puede producirse en aquellas obligaciones para cuyo cumplimiento es necesaria la cooperación del acreedor y éste se niega a recibir.

Así como el Código de Pavía regula los supuestos de mora del acreedor, cuándo constituyen incumplimiento y la reacción posible del deudor para quedar liberado (ofrecimiento de pago y consignación), nuestro CC no regula sistemáticamente esta materia. Sin embargo, se refiere a ella en diversos preceptos. Así, por ejemplo, en los artículos 1176 y 1185. El Código Civil español regula con cierto detalle el ofrecimiento de pago y la consignación, en la Sec-

⁵⁷ CABALLERO LOZANO, «Mora del deudor y mora del acreedor», en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Madrid, 2003, p. 415.

ción 1.ª, dedicada al pago, incluida en el Capítulo IV del Título I del Libro IV.

Algunos autores estudian la mora del acreedor en sede de incumplimiento, pues se centran en la conducta del acreedor⁵⁸ y otros, en cumplimiento, pues se refieren básicamente a cómo el ofrecimiento de pago y, en su caso la consignación, es un medio de cumplimiento del deudor. Ahora bien, en la doctrina no es unánime la ubicación sistemática del ofrecimiento de pago y la consignación. Unos lo incluyen, como epígrafe separado dentro del tema del cumplimiento de las obligaciones; otros, como Díez Picazo⁵⁹ y Orduña Moreno⁶⁰ lo incluyen bajo el epígrafe Subrogados del Cumplimiento.

Según lo dispuesto en los artículos 1176 a 1181, en los que se regula el ofrecimiento de pago y la consignación, para que el deudor se libere de la obligación mediante el ofrecimiento de pago –en su caso– y la consignación se precisa lo siguiente:

1. El ofrecimiento de pago realizado por el deudor, cumpliendo los requisitos objetivos del pago –identidad, integridad e indivisibilidad– y la negativa injustificada del acreedor a aceptar el pago.

2. El anuncio previo a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación de la consignación que se va llevar a cabo.

3. La consignación. Se realizará, según el artículo 1178 del CC, «*depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás*» (art. 1.178.1.º). Añade el párrafo 2.º que la consignación deberá notificarse a los interesados. El artículo 1179, parece que teniendo en cuenta la injustificada conducta del acreedor, establece que «*Los gastos de la consignación, cuando sea procedente, serán de cargo del acreedor*».

Para que el deudor quede liberado es preciso que la consignación esté bien hecha, es decir que se haya realizado según lo dispuesto en los artículos 1176 a 1179, junto a los requisitos del pago. En caso contrario, la consignación, no extinguirá la obligación, como resulta del artículo 1180 de nuestro CC y, mientras tanto, el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación, como se deduce del artículo 1180.2 CC.

⁵⁸ Cfr. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA en Lacruz, *op. cit.*, pp. 185 ss.

⁵⁹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 531 ss.

⁶⁰ ORDUÑA MORENO, en Valpuesta Fernández (Coord.), *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1998, pp. 171 ss.

4. Aceptación de la consignación por el acreedor, o declaración judicial, en su caso, de que la consignación ha sido hecha debidamente. En este caso podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación, según el artículo 1180.1 CC. Además, la consignación bien hecha surte los efectos liberatorios del pago, de modo que los codeudores y fiadores quedan liberados, como se deduce del artículo 1181 del CC.

Pero, como anticipamos, el CC exime en ciertos casos al deudor de hacer el ofrecimiento de pago. En concreto, no se precisa ofrecimiento de pago previo a la consignación cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación (cfr. art. 1176, párr. 2.º, CC). Sin embargo, en el Proyecto de Pavía se exige en estos casos el ofrecimiento de pago y se exime de la consignación.

VI. CONCLUSIÓN

El Proyecto de Pavía incluye un concepto legal de incumplimiento (en su art. 89). Nuestro CC no lo incluye, pero ha sido elaborado por la doctrina. En concreto, prestigiosos juristas españoles proponen su inclusión en el Proyecto de Pavía. Su incorporación no supondría novedad en nuestro Derecho.

El Código de Pavía incluye el incumplimiento contractual de los auxiliares del deudor. Sin embargo, en el CC español no se regula como tal, sino como consecuencia de la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*.

Los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía, referidos al incumplimiento anticipado, muestran la influencia del *Contract Code*, y no encuentran regulación similar en nuestro CC.

Sin embargo los artículos siguientes (92, 93, 94, 95 y 96 del Proyecto de Pavía), relativos al incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, siguen un esquema similar al de Derecho español (arts. 1096-1098 CC y concordantes de la LEC). Sobre estas distinciones de las obligaciones, en Derecho español se regula la ejecución, como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, en el Proyecto de Pavía se regulan los supuestos de incumplimiento, y en Derecho español, son los requisitos objetivos del pago (identidad, integridad e indivisibilidad) los que equivalen a esta regulación. En ambas regulaciones, el acreedor, en virtud del

principio de autonomía de la voluntad o el Juez puede autorizar en determinados supuestos que se excluyan estos requisitos.

La mora del acreedor (arts. 103-105 del Proyecto) se prevé en Derecho español como un supuesto en que el deudor puede consignar judicialmente, ante la negativa del acreedor a recibir cuando el deudor pretende cumplir. Incluso el requerimiento sin consignación es suficiente para que el acreedor incurra en mora.

Se observan diferencias en determinados supuestos en que en el Proyecto de Pavía basta con el ofrecimiento de pago, y sin embargo, en Derecho español no es preciso tal ofrecimiento y basta con la consignación. Así sucede cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación.